

BOA FÉ OBJETIVA COMO CONDIÇÃO AUTORIZADORA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

GOOD FAITH AS A CONDITION AUTHORIZING STRICT APPLICATION OF THE THEORY OF SUBSTANTIAL PAYMENT

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador *

Patrícia Siqueira **

Resumo

O artigo que se segue procura delinear a boa fé objetiva como condição para se autorizar a aplicação da teoria do adimplemento substancial como causa impeditiva da rescisão contratual. Exceção à regra motriz contida no artigo 475 do Código Civil, a teoria encontra sustentação na doutrina e jurisprudência que vê, no emprego do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do negócio para solver a obrigação, verdadeira ofensa aos princípios que erigem a primazia do interesse social na manutenção do negócio. O estudo que se propõe sugere a avaliação das circunstâncias do descumprimento obrigacional e a realidade concreta vivenciada pelas partes, em flagrante desapego a forma e valorização do comportamento das partes durante as fases do negócio, no sentido de se limitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos e se implementar o equilíbrio na relação obrigacional.

Palavras Chave

Adimplemento Substancial. Boa fé Objetiva. Manutenção do Negócio.

Abstract

The following article seeks to outline the objective good faith as a condition to permit the application of the theory of payment substantial impediment as the cause of termination. Exception to the rule contained in article 475 of the Code, the theory finds support in the case law and doctrine that sees the use of partial default and importance small in business economics solver for the obligation, true offense to erect principles the primacy of social interest in maintaining the business. The study that proposes, suggests to review the circumstances of the breach of obligation and the reality experienced by the parties, in flagrant disregard for form and recovery behavior of the parties during the phases of the business, in order to limit the abusive exercise of subjective rights and implement the balance in the obligational

Key words

Substantial Payment. Good Faith. Maintenance of Business.

* Doutora em Direito Civil pela UFPR. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Docente do programa de mestrado em Direito Negocial da UEL.

** Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial e Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina. Bolsista do programa CAPES. E-mail: patisiq@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A literatura jurídica moderna tem tratado de um novo postulado construído a partir da importância dada ao empenho do parceiro negocial para adimplir uma obrigação assumida, e da sublimação aos preceitos éticos e funcionais que incitam a preservação do vínculo contratual. A chamada Teoria do Adimplemento Substancial tem por finalidade obstar o desfazimento do negócio em decorrência do inadimplemento de parcela minoritária da obrigação, de modo que, considerada a obrigação adimplida quase que integralmente, o direito declina pela manutenção do negócio entabulado.

Tal instituto abarca exceção à tradição jurídica de cunho eminentemente patrimonialista que prescreve imposição de sanções legais e contratuais para quem deixar de cumprir a obrigação assumida, vale dizer, por razões circunstanciais, de modo a proteger o devedor de boa fé da pretensão do credor, que vê no desfazimento do negócio a implicação lógica diante do não adimplemento integral da obrigação.

A impossibilidade do desfazimento do ajuste, quando já se deu o adimplemento quase que integralmente da obrigação, expõe a predominância do interesse social na preservação do negócio, abordado aqui sob o prisma da boa fé objetiva, condição autorizadora da aplicação da teoria em estudo.

Vale dizer, para a adoção da doutrina do adimplemento substancial devem ser considerados alguns aspectos inerentes à sua aplicação. Além de se aferir se existe proximidade entre o efetivamente cumprido e o previsto no negócio, também se pondera se a prestação imperfeita satisfaz os interesses do parceiro negocial, se remanesce débito não desprezível a ponto de ensejar a cobrança, se há meio idôneo alternativo e útil para que o credor possa obter o que lhe é devido, e se há boa fé do inadimplente capaz de lhe eximir ou diminuir o grau de responsabilidade na obrigação.

Importa considerar também o caráter protecionista da teoria do adimplemento substancial, protegendo o parceiro negocial, mesmo em situação de inadimplência, impondo restrições ao exercício do direito de resolver o ajuste diante do descumprimento do mesmo sem, contudo, implicar em enriquecimento sem causa ao devedor, que só estará resguardado pela teoria se demonstrar ter agido de forma correta durante todas as fases do negócio seguindo os preceitos de boa fé.

Enfim, o interesse pelo tema se justifica pelas transformações ocorridas no direito obrigacional com a introdução de princípios e cláusulas gerais contornando a aplicação da teoria do adimplemento substancial, num cenário de modernização que o texto constitucional

deu ao direito civil. Ao mesmo passo, a discussão doutrinária se mostra relevante diante da ausência de previsão legal da teoria e regulamentação das diretrizes para sua aplicação.

1 ADIMPLENTO OBRIGACIONAL E SUAS VARIANTES

As obrigações fomentam efeitos aos contratantes, gerando para o credor o direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação, e para este o dever de prestar, observada a forma, o tempo, o lugar e as condições ajustadas. Ao tratar do tema, a legislação civilista prevê os meios idôneos para satisfação do direito do credor, compelindo o devedor a cumprir a obrigação, e por derradeiro, promover sua extinção. Neste aspecto e de modo geral, a obrigação surge com a finalidade basilar de se extinguir, de modo que se cumprida a obrigação, esta se extingue.

Tecnicamente, o adimplemento se apresenta como modo natural de extinção das relações obrigacionais, já que a expressão adimplemento remete a ideia de cumprimento de uma obrigação, e por sua vez, o pagamento o meio normal de se alcançar esse cumprimento. Vale dizer que, o pagamento designa o cumprimento satisfatório da obrigação, de forma que, nada de anormal ocorrendo no cumprimento desta, em sentido restrito, a relação obrigacional se extingue pelo pagamento.

Por outro lado, enquanto o adimplemento denota o exato cumprimento da prestação devida, o inadimplemento contratual se caracteriza pela falta de cumprimento da obrigação ou pelo cumprimento diverso do ajustado, quer dizer, o termo inadimplemento é empregado invariavelmente para assinalar o não cumprimento, voluntária ou involuntariamente, da obrigação assumida na forma, tempo, lugar e/ou condições estabelecidas.

Neste aspecto, merece especial atenção a distinção entre inadimplemento absoluto e mora, pois, o primeiro, de menor relevância para o presente estudo, abarca hipótese da obrigação não ser cumprida no prazo, tornando impraticável o cumprimento posterior por impossibilidade do devedor ou por imprestabilidade da prestação ao credor. Já a mora, questão de grande importância, “é o atraso ou falta de adimplemento no tempo, lugar e forma previstos, por ato ou omissão imputável a devedor ou ao credor” (LOBO, 1999, p.82), mas que não provoca a perda do proveito da prestação retardada ou do interesse do parceiro negocial.

A atenção se justifica, pois é na ocorrência da mora que se apura a aplicabilidade ou não, conforme o caso, da teoria do adimplemento substancial, adiante abordada.

Outra distinção relevante trata do adimplemento substancial e inadimplemento fundamental (BECKER, 1993), vez que este revela o descumprimento da obrigação em seus elementos primordiais, frustrando as expectativas das partes e, por vezes, ocasionando danos à parte inocente. Como no caso do inadimplemento absoluto, também no inadimplemento fundamental, a resolução do negócio é de rigor.

No adimplemento substancial há cumprimento significativo, expressivo das obrigações assumidas, o que, a princípio, não permite a resolução do vínculo negocial que permanece se a falha não ocasionar “um prejuízo tal que a parte fique privada substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar” (CAVALCANTE, 2012, p.02 de 07). A mora, neste caso, não afeta a economia da obrigação.

Vale dizer que o contrato ou outro negócio deve ser considerado como um todo, pois a parcela não cumprida pode ser insignificante, o que num primeiro momento não justificaria a resolução do negócio, entretanto, mesmo que o descumprimento compreenda parcela minoritária da obrigação, poderá acarretar a perda total de interesse de um dos parceiros negocial, por consequência, a resolução.

2 RESOLUÇÃO DO VÍNCULO OBRIGACIONAL

Adimplir uma obrigação é cumpri-la. O cumprimento da obrigação pode ser implementado mediante um dar, um fazer ou um não fazer, de modo que, exigir o adimplemento de uma obrigação é exigir o cumprimento de uma prestação assumida pela declaração de vontade, é exigir a atuação efetiva do parceiro negocial para dar, fazer ou não fazer.

Para o estudo que se propõe, releva a obrigação de fazer, vez que implícita por si só nas relações obrigacionais, como bem dito por Arnaldo RIZZARDO (1988, p. 343) ao ponderar que, “propondo-se alguém a concluir um contrato ou outro negócio está incluída a obrigação de fazer na relação bilateral”.

A inexecução dessa obrigação principal, que pode ser entregar, aceitar ou pagar, pode resultar numa violação fundamental. Diante disso, a legislação civilista pontua, em seu artigo 475, a possibilidade da parte lesada com o inadimplemento pedir a resolução do negócio, que é um modo atípico de extinção da relação obrigacional, já que tem sua precedência no pagamento.

Para caracterizar o direito de resolução, o descumprimento tem que atingir substancialmente a obrigação de modo a tornar imprestável a utilidade da prestação.

Avalia-se o grau de descumprimento da obrigação em toda sua extensão, e não de maneira isolada ou com base na literalidade de cláusulas autorizadoras da resolução do vínculo. Se ínfimo o descumprimento diante do todo obrigacional não há que se resolver o contrato de maneira mecânica e sem que se preceda reflexão, sobretudo se isso conduzir à iniquidade ou contrariar ideais de Justiça.

Por outro lado, se fundamental a parcela inadimplida para o negócio, o essencial da obrigação não foi cumprido afetando a economia do mesmo, de modo a não alcançar a satisfação do credor nem realizar a finalidade econômica e social que permeia a relação obrigacional, permitindo, deste modo, a resolução do contrato.

3. RELATIVIZAÇÃO A REGRA DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO INADIMPLIDO

Durante o lapso temporal para o adimplemento da obrigação assumida, pode ocorrer do parceiro negocial se ver impossibilitado de manejar seu cumprimento, por fatos variados, tais como crise econômica, desemprego ou outro fato imprevisível que lhe destitua de recursos necessários ao adimplemento do encargo obrigacional assumido.

Sobrevindo impossibilidade de adimplemento logo no início do cumprimento da obrigação, desfaz-se o negócio pela resolução. Contudo, se a prestação tiver sido quase que integralmente cumprida, os efeitos produzidos pela resolução não seriam justos, hipótese em que a extinção causaria mais danos do que a permanência do negócio.

A doutrina tem se ocupado da resolução, enquanto modo anômalo de extinção do vínculo obrigacional, vez que a problemática situação vivida pelo parceiro negocial que se depara com o inadimplemento do outro, nem sempre é suficiente para findar na resolução do negócio, cuja medida pode se mostrar pouco adequada, como no caso de a resolução acarretar excessivo prejuízo até mesmo para o parceiro inadimplente.

Tradicionalmente, a parte lesada pelo inadimplemento pode pleitear em juízo a resolução da relação obrigacional, hipótese em que os juízes apreciarão as circunstâncias do caso, e, remanescendo culpa do parceiro inadimplente, determinarão a extinção da obrigação pela resolução, ou se conveniente, o devedor será compelido a cumprir a obrigação entabulada.

Por outro lado, se da análise detida, o inadimplemento resultou involuntário e a resolução acarretar excessivo prejuízo, o devedor poderá se ver eximido da obrigação ou ter diminuído o grau de sua responsabilidade.

De igual modo, ocorrendo o adimplemento substancial, em que se verifica o cumprimento significativo da obrigação assumida, não se deve considerar de plano resolvida a obrigação, posto que a atividade do devedor, embora não tenha atingido plenamente o seu propósito, aproximou-se consideravelmente do resultado esperado, hipótese em que o direito de resolução tomaria feição abusiva.

O adimplemento substancial, na visão de Clóvis do Couto e Silva citado por BECKER (1993, p.62), “é um adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização”.

O exercício do direito da parte lesada com o inadimplemento de pedir a resolução do negócio é preceito relativizado pela teoria do adimplemento substancial, que tem na doutrina e na jurisprudência fundamentos para a preservação do vínculo contratual em resposta a eventual abuso de direito.

A regra insculpida no artigo 475 do Código Civil faculta ao credor optar pela resolução contratual ou por exigir o cumprimento do contrato nos casos de inadimplemento contratual. Todavia, a doutrina e jurisprudência tem limitado o exercício do direito subjetivo à resolução contratual quando as excepcionais particularidades do caso evidenciarem que houve adimplemento substancial do contrato, de forma que a opção pela resolução contratual configuraria abuso de direito (CAVALCANTE, 2012, p. 01 de 07).

O ato abusivo a que se alude pode aparentemente constituir legítimo exercício do direito subjetivo, mas ultrapassa-o exatamente por violar seu sentido. Nas palavras de Fernando Cunha de SÁ (1997, p.456),

[...] o abuso de direito não pode ser encarado em termos formalistas, pois em certa e determinada situação podemos descobrir concordância com a estrutura formal de um direito subjetivo e, simultaneamente, discordância, desvio, oposição, ao próprio valor jurídico que daquele comportamento faz um direito subjetivo. Neste encobrir, consciente ou inconscientemente, a violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo direito é que reside o cerne do abuso de direito.

Em última análise, Ricardo Luis LORENZETTI (1996, p. 53) refere o ato abusivo qualificando a conduta do titular do direito subjetivo

[...] todas las ideas del abuso se sustentan en una apreciación relativa ao modo en que el titular ejerce el derecho. Así, se dice que es abusivo el ejercicio de um derecho com la sola intención de danar, o sin interés alguno, o con culpa, o contrariando los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo. Sea el dolo, la culpa o la conducta del titular.

Vale dizer que, impedido o exercício do direito subjetivo do parceiro negocial à resolução da obrigação, em virtude de inadimplemento de parcela pouco expressiva, este poderá cobrar o efetivo cumprimento da obrigação adotando providencias com vistas à cobrança do saldo remanescente.

Para Anelise BECKER (1993, p. 63),

[...] o adimplemento substancial consiste em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspectivas. Por isso mantem-se o contrato, concedendo-se o credor direito a ser ressarcido pelo defeito da prestação, porque o prejuízo, ainda que secundário, se existe deve ser reparado.

Por derradeiro, importa considerar o caráter protecionista da teoria do adimplemento substancial, protegendo o parceiro negocial, mesmo em situação de inadimplência, impondo restrições ao exercício do direito de resolver o ajuste diante do descumprimento do mesmo.

4 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

É certo que a disposição contida no artigo 475 do Código Civil assegura à parte lesada pelo inadimplemento pedir a resolução do negócio. Contudo, doutrina e jurisprudência têm sustentado, nas hipóteses de cumprimento de parcela substancial da obrigação, ser defeso o manejo desta prerrogativa ao lesado, que encontra na teoria do adimplemento substancial causa impeditiva para o exercício do seu direito à rescisão.

A construção que se apresenta abriga a ideia de que a inexecução da obrigação principal não é causa suficiente, por si só, para extinção da obrigação. Assim, por exemplo, em um contrato com data fixa, depois da qual desaparece o interesse do credor, a mora já é a quebra substancial. Em outro, no qual a data serve apenas para fixar a época da exigibilidade da obrigação ou auxilia na orientação programática das partes, o simples incumprimento é insuficiente para resolver. Circunstâncias do negócio, a natureza da prestação e o interesse dos parceiros revelarão, a cada caso, a substancialidade do incumprimento (CAVALCANTE, 2012, p.02 de 07), motivando a extinção ou a manutenção do negócio.

Com efeito, avaliar as circunstâncias do descumprimento obrigacional impõe examina-las sob feições da realidade concreta vivenciada pelas partes e não sob uma perspectiva apegada a formas, é analisar o adimplemento em seu aspecto essencial, se a obrigação cumprida atingiu seus pontos relevantes e importantes.

Para Anelise BECKER (1993, p.63) cabe ao julgador apurar tais circunstâncias, entretanto, a ausência de parâmetro

[...] implica em um alargamento dos limites do poder judicial na apreciação do caso concreto, o que, por sua vez, pressupõe uma mudança no próprio método de aplicação do direito, ou seja, a superação do raciocínio lógico-subsuntivo pela da concreção. Apenas este último método, que utiliza parâmetros concretos para a solução de casos concretos, admite um tipo de construção jurisprudencial como o da doutrina do adimplemento substancial. Decorre daí a necessidade de apurarem-se cada vez mais tais parâmetros, pois eles serão os limites para o julgador.

Nesse caso, a conjugação entre alguns artigos do Código Civil, especialmente do princípio da boa fé objetiva, do equilíbrio contratual, dos critérios de razoabilidade, além das normas e princípios constitucionais, possibilita o delineamento da aplicação da teoria do adimplemento substancial.

4.1 Delineamentos da teoria do adimplemento substancial

A teoria do adimplemento substancial encontra sua melhor descrição quando pensada como um mecanismo moderno e conveniente, sistematizado para desonerar o parceiro negocial obrigado ao pagamento (meio normal de se alcançar o cumprimento de uma obrigação), que tendo saldado valores cuja somatória se aproxima do preço ajustado, deixa circunstancialmente de adimplir parte da obrigação em face de dificuldades financeiras e/ou fatos eventuais indesejados.

Geralmente, o bom pagador atrasa o cumprimento das obrigações por questões alheias a sua vontade. Neste particular, para não prejudicar a parte que demonstrou intenção clara em pagar, se cumprida essencialmente a obrigação e satisfeito os interesses do credor, o instituto resolutório é afastado, vez que poderia ferir o princípio da boa fé e seus efeitos revelarem-se injustos.

Logo, a exemplo, não se deve recusar prestação oferecida de modo incompleto, na qual falta pequena parte em relação ao todo, sem que haja oposição objetivamente fundada à

aceitação. A prestação tendo utilidade para o parceiro negocial, mesmo não cumprida da forma ajustada, poderá revelar um exercício abusivo ao direito de resolução.

Assim, embora a teoria não esteja expressamente prevista na legislação brasileira, encontra admissibilidade jurídica no caso de o direito de resolução tomar feições abusivas, e seu exercício ferir princípio da boa fé objetiva.

4.2 Ausência de previsão legal no ordenamento brasileiro

O direito brasileiro não contempla regras sobre o que se pode considerar adimplemento substancial. A matéria é objeto do Enunciado n.361 da IV Jornada de Direito Civil, que declara que a teoria do adimplemento substancial decorre dos princípios contratuais, preponderando entre eles os princípios de boa fé objetiva e da função social, citando os artigos 421, 422 e 475 do Código Civil.

Tais princípios, sem prejuízo a vedação ao abuso de direito e ao enriquecimento sem causa, permeiam o exercício de direitos subjetivos de modo a impedir práticas abusivas e manifestamente desproporcionais ao direito invocado. É o que ocorre com a regra do artigo 475 do Código Civil que encontra limitação à resolução da obrigação inadimplida em seu dever acessório, ou adimplida em divergência qualitativa com o que restou ajustado, limitação essa legitimada pelos princípios reguladores do poder dos parceiros negocial.

Apesar do adimplemento substancial não encontrar previsão formal no Código Civil, doutrina e jurisprudencial se encarregaram de dar contornos à teoria, valendo-se, para tanto, de elementos do direito inglês, pioneiro no assunto.

4.3 Origem no direito inglês

A teoria do adimplemento substancial, de aplicação incontestada no judiciário pátrio, encontra correspondência com a figura do desempenho substancial, conforme Araken de ASSIS (1996, p.59) delinea,

A hipótese estrita de adimplemento substancial - descumprimento de parte mínima - equivale, no direito brasileiro, grosso modo, ao adimplemento chamado de insatisfatório: ao invés de infração a deveres secundários, existe discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado.

O adimplemento insatisfatório referido pelo autor, é o adimplemento ruim de parte modesta, diminuta da prestação, cuja conjectura tem sua raiz no direito inglês na doutrina da

‘*substantial performance*’, cuja importância se opôs, inicialmente, à natureza do inadimplemento absoluto.

As situações de adimplemento ruim ou defeituoso, ou ainda de adimplemento próximo ao almejado ou ‘*substantial performance*’ revelavam verdadeira divergência qualitativa e irrelevante na conduta do devedor, capaz de rechaçar a pretensão resolutória do credor, vez que o cumprimento se tem por atingido devido alcançar quase a integralidade da obrigação.

É certo que a doutrina do ‘*substantial performance*’ foi criada para possibilitar decisões mais conformes às exigências do princípio da boa fé objetiva. Surgiu da inversão do ponto de vista do julgador que, antes apreciava a gravidade da inexecução para efeitos de outorga da resolução, e passou a considerar a execução, a fim de determinar se ela satisfazia substancialmente a totalidade das obrigações, ainda que de forma imperfeita.

Vale dizer, se imperfeito o adimplemento, mas substancial, fica afastada a resolução da obrigação cabendo ao credor uma contraprestação, que poderá exigir o ressarcimento dos prejuízos causados pela parte imperfeita ou faltante.

Logo, um desvio contratual insignificante não mais justificaria sua resolução com a perda de toda a contraprestação do devedor que adimpliu inexata, mas substancialmente.

4.3.1 O caso gerador

Foi a jurisprudência inglesa do século XVIII que deu azo à elaboração da doutrina da ‘*substantial performance*’, segundo a qual o inadimplemento de parte menor da obrigação não era suscetível de quebrar a comutatividade do contrato, de modo que o contratante prejudicado por inadimplemento de pequena monta não mais se afiguraria legítimo para postular a resolução do contrato (BECKER, 1993).

A teoria do adimplemento substancial teve origem no julgamento do caso Boone v. Eyre, por Lord Mansfield, em 1779. Boone demandou contra Eyre por este ter atrasado o pagamento estipulado pelas partes no contrato, que atribuía a Eyre o pagamento de 500 libras e uma renda anual de 160 libras a Boone. Este, por sua vez, deveria transferir a propriedade de uma plantação nas Antilhas, com os escravos que ali viviam, garantindo seu domínio e posse pacíficos.

Com o atraso do pagamento, Boone cobrou judicialmente de Eyre 400 libras de renda atrasada, pretensão resistida sob a alegação de descumprimento da obrigação de Boone, no que tange o domínio sobre os bens alienados, já que não existiam mais escravos.

Lord Mansfiel julgou procedente a demanda, entendendo que o comprador não estava dispensado de pagar o convencionado, distinguindo no contrato as obrigações dependentes das independentes, ou essenciais das secundárias, de modo que, no caso em questão, não configurava uma obrigação essencial a garantia de domínio sobre os bens acessórios, não constituía a própria substancia do contrato de cumprimento imprescindível. Considerou uma obrigação secundária se resolvendo somente em perdas e danos, não cabendo a resolução do contrato.

Deste modo, entendeu-se que o contrato já havia sido adimplido substancialmente não se admitindo o direito a resolução com a perda do que havia realizado o devedor, pois decisão diversa implicaria resolução abusiva.

5. CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

As situações de adimplemento ruim ou defeituoso, e de adimplemento próximo ao almejado ou ‘*substantial performance*’ dependerá, a solução, da conveniência ou não que resultar ao credor do exercício de resolução. Entretanto, o inadimplemento da obrigação não justifica a extinção do negócio quando, cumulativamente ao adimplemento substancial da avença, a parcela inadimplida puder ser alcançada por outro meio alternativo e útil ao parceiro negocial, e o devedor houver agido com boa fé mediante esforços e diligências para adimplir integralmente a prestação.

Assim, a proximidade entre o efetivamente realizado e o que estava previsto; a satisfação do interesse do credor ainda que a prestação seja imperfeita; e, o oferecimento de alternativa eficaz para o credor alcançar a quitação ou demonstração de esforço e diligência em adimplir integralmente o ajustado, contemplam exigências dos julgadores para aplicação da teoria do adimplemento substancial.

5.1 Adimplemento Substancial

O inadimplemento parcial não permite a resolução do vínculo obrigacional se houver cumprimento expressivo da obrigação assumida. A questão reside na substancialidade ou não do cumprimento da obrigação com relação ao equilíbrio do negócio, tendo sempre como pano de fundo o manifesto interesse social na manutenção do contratou ou outro negócio, cujo desfazimento representa fator de perturbação à harmonia das relações pessoais.

Não existe uma fórmula fixa para determinar o que seja adimplemento substancial, entretanto, o termo 'substancial' pressupõe a efetivação de cumprimento obrigacional capaz de colocar o devedor em situação aproximada do adimplemento integral.

Deste modo, à aferição demanda a análise quantitativa em relação ao montante da obrigação que chegou a ser cumprida. Vale dizer, a teoria do adimplemento substancial atua como instrumento de equidade, impondo que, nas hipóteses em que a extinção da obrigação pelo pagamento esteja próxima do final, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato.

Com a utilização de critérios matemáticos para a aplicação da teoria, a jurisprudência considera afastada a resolução do vínculo obrigacional quando a prestação paga representar percentuais que variam de 70% a 80% do valor ou da quantidade de prestações devidas.

Há que se ponderar as consequências da adoção do critério matemático sem qualquer consideração a respeito da possibilidade e disponibilidade do devedor em saldar o que realmente deve, e tampouco da possibilidade jurídica e conveniência do credor utilmente buscar a recuperação do seu crédito por outra via.

Thiago Drummond de Paula LINS (2009, p. 02) critica este critério,

Nesse passo, a adoção de um critério matemático rígido, como quer certa jurisprudência que admite a configuração do adimplemento substancial sempre que for cumprida 80% da prestação em todos os tipos contratuais, acaba por desconsiderar a importância dos deveres anexos da boa-fé e a finalidade específica de cada negócio na aplicação do referido instituto.

De tal modo, ainda que se verifique a substancialidade pela proximidade em relação à integralização da obrigação, deve o julgador proceder ao exame da principiologia que orienta a doutrina contratual, em cujo primeiro plano figura a boa fé. Pode-se afirmar que a avaliação assume então caráter qualitativo, revelando-se insuficiente o exame de mérito pelo critério meramente quantitativo.

Há, portanto, necessária cumulatividade entre a substancialidade quantitativa e qualitativa, exigindo-se como requisito não apenas o pagamento em montante próximo à integralidade, mas também o perpasso pelo fio condutor da boa-fé objetiva, como resta hoje pela doutrina e pela jurisprudência pátrias.

5.2 Demonstração da Existência de Meio Alternativo e Eficaz para a Cobrança

A teoria do adimplemento substancial deve ser aplicada com extrema parcimônia, eis que seu emprego generalizado pode causar desequilíbrio nas relações obrigacionais. Decisões judiciais avaliam não apenas o que consideram adimplemento substancial da obrigação, mas a efetiva existência da demonstração de interesses e providências do devedor em pagar o que deve, além da demonstração da existência de meios alternativos para que o parceiro negocial alcance a satisfação do seu crédito.

Neste ponto, se com o adimplemento significativo da obrigação, a pretensão do parceiro negocial credor for rechaçada, deverá ele buscar a satisfação da parcela inadimplida através de outras vias. Hipótese em que a indenização por perdas e danos é imprescindível para manter o equilíbrio do negócio.

Assim, segundo a teoria, se o credor ficar impedido de rescindir o negócio em razão de cumprimento de parte essencial da obrigação assumida pelo parceiro negocial, não perderá o direito de obter o restante da prestação, podendo ajuizar ação competente para tanto.

Nestas circunstâncias, a regra é a de que enquanto houver o adimplemento substancial o credor tem o direito de receber o preço estipulado, lhe é outorgado o direito de perdas e danos para que se mantenha o equilíbrio da relação, devendo ser compensada as diferenças ou prejuízos relativos à prestação imperfeita e, se possível, pedido o adimplemento da parte faltante.

Com isso se quer evidenciar que a aplicação dessa teoria deve ser restrita aos casos excepcionais em que resultar demonstrada as condições que autorizam seu emprego, notadamente a demonstração de garantia de que o credor terá uma alternativa eficiente para receber o que lhe é devido, uma vez que, se a prestação resultar inútil ao credor não caberá a teoria.

5.3 Boa Fé do Devedor

Através da aplicação da doutrina do adimplemento substancial o devedor não perde todas as prestações já quitadas, pois a resolução não encontra fundamento e evita o enriquecimento ilícito por parte do credor.

Do mesmo modo, visando o equilíbrio contratual e afastando o enriquecimento sem causa do devedor, estabeleceram-se critérios casuísticos para avaliar a boa fé deste em cumprir o restante das prestações, quando se verifica se existe um justo impedimento que o impeça de adimplir a integralidade da obrigação.

Para o implemento da boa fé, deve, o devedor, comprovar a existência e a oferta ao credor de outros meios que possibilitem a satisfação integral da obrigação pendente. Impende

averiguar os esforços e diligências em adimplir integralmente a obrigação, empenho para cumprir a obrigação primitivamente ajustada.

O devedor que procurou agir até o momento do descumprimento com boa fé poderá argumentar adimplemento substancial, caso tenha cumprida grande parte do contrato e a prestação não tenha se tornado inútil ao parceiro negocial. A verificação de tais elementos pressupõe a substancialidade do cumprimento da obrigação (não apenas pelo critério quantitativo, mas também qualitativo). De modo que, verificada hipótese em que o devedor ostenta apenas o efetivo pagamento de parcela substancial da obrigação, sem, no entanto, revelar ter se pautado pelo dever anexo de cooperação e honestidade preconizado pelo princípio da boa fé, não se poderá dar ao devedor lançar mãos da tese de adimplemento substancial, sob pena de ver-se o enriquecimento injustificado.

6. BOA FÉ OBJETIVA

A boa fé objetiva trata de uma regra de comportamento fundada na honestidade, retidão e lealdade, no sentido da consideração que o parceiro negocial deve ter pelo interesse do outro parceiro (MARTINS-COSTA, 1999. p.412). É cláusula geral que preconiza o dever de as partes comportarem-se de maneira correta durante todas as fases do contrato. Impõe ao contratante agir positivamente, numa dupla acepção, estabelecendo deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, e limitando o exercício abusivo dos direitos objetivos.

Segundo Paulo de Tarso SANSEVERINO, citado no portal de notícias do STJ (2009),

[...] o plano do direito das obrigações, a boa-fé objetiva apresenta-se, especialmente, como um modelo ideal de conduta, que se exige de todos integrantes da relação obrigacional na busca do correto adimplemento da obrigação, que é a sua finalidade última.

No mesmo sentido, Teresa NEGREIROS (2002, p.123).

No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido de recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifique a existência jurídica do contrato celebrado.

A boa-fé se infere através do comportamento dos parceiros negocial durante a execução da obrigação, significa agir de acordo com um padrão de conduta aceitado socialmente como ético, no âmbito do cumprimento obrigacional, é a constatação de que o devedor vinha se comportando como merecedor de confiança por parte do credor. Logo, seu desejo não era o de por fim ao negócio, se não provavelmente o inadimplemento seria de parte considerável das obrigações contratuais.

A doutrina do adimplemento substancial é explicada por Vera Maria Jacob de FRADERA (19965, p.59) “como resultante da aplicação do princípio da boa-fé em sua atuação mais moderna, isto é, criando deveres, possibilitando restringir a regra de o cumprimento ser completo ou integral, admitindo solução diversa”. Vale, por exemplo, para casos em que devedor paga várias prestações do saldo devedor e, diante de dificuldades circunstanciais e sérias, devidamente comprovadas, deixar de pagar algumas poucas parcelas, tendo já satisfeito quase a integralidade da obrigação.

É certo que o princípio da boa fé objetiva se configura requisito para a alegação desta teoria, e está consagrado no artigo 422 do Código Civil. Este princípio é cláusula aberta de todo negócio jurídico, impondo dever de conduta, mas não especificando quais as atitudes exigidas. Isto fica a critério do juiz.

Antônio Junqueira de Azevedo citado por Célia Barbosa Abreu SLAWINSKI (2000, p.78) pondera que mesmo estando o princípio da boa fé objetiva sedimentado na ordem jurídica, “como ‘critério para a funcionalização dos princípios constitucional’, ainda hoje não é possível dizer que esteja estabelecida de forma clara e determinada”.

Cabe ao magistrado impelido pela razoabilidade dizer se houve observância a condutas norteadoras do princípio da boa fé objetiva, como se extrai do acórdão proferido na Apelação Cível nº589073956.

“Nesta perspectiva ainda há um outro argumento. Além de caber ao Juiz, na aplicação do princípio da boa-fé, determinar a existência dos deveres acessórios, não expressamente previstos, mas inerentes ao negócio e à finalidade buscada pelas partes como se viu acima, ainda se extrai dele uma máxima de conduta ético-jurídica, sobre a inadmissibilidade de comportamento contrário à boa-fé” (MARTINS-COSTA, 1990. p.209).

Assim, para quem possui uma percepção nítida da boa-fé objetiva, deve incluir a análise da gravidade da infração contratual, não sendo crível o desfazimento de uma significativa relação econômica pelo fato do insignificante descumprimento da avença. Na

linha do princípio constitucional da proporcionalidade, o desfazimento do negócio pode impor um sacrifício excessivo a uma das partes, comparativamente à opção de manutenção da obrigação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do adimplemento substancial é uma construção doutrinária e jurisprudencial que ingressa no direito pátrio encontrando na boa fé a fundamentação para limitar o exercício de direito de resolução.

Consiste em evitar a desproporção de meios para se exigir uma contraprestação, evitando-se os malefícios de uma resolução quando, do quadro geral da obrigação, se pode divisar um adimplemento suficiente a impedir a ruptura do pacto, podendo a parte exigir apenas o restante, sem sacrificar o todo.

Assim, a matéria foi desenvolvida mediante a ponderação entre a dimensão do negócio realizado e a insignificância do inadimplemento da obrigação, chegando-se a conclusão de que este nada mais é do que uma transgressão obrigacional insignificante, incapaz de gerar as consequências normais e rígidas da inadimplência.

Entretanto, para a aplicação da teoria não basta apenas a demonstração do cumprimento parcial da obrigação, tão somente sob o aspecto quantitativo. É preciso que se possa, através do outro exame, de natureza qualitativa, afirmar que o agir do parceiro negocial, que pretende beneficiar-se do instituto, tenha sido pautado pelo dever de boa fé e probidade.

Portanto, trata-se de instituto legítimo, implícito em nossa ordem jurídica, fundado numa escala de valores superiores e fundamentais da ordem jurídica civil e constitucional, no intento de resguardar o interesse social na manutenção do negócio, para que o mesmo atinja sua teleologia, mediante a realização das finalidades econômicas e sociais que permeiam a relação jurídica obrigacional.

Referências Bibliográficas

ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Vol. 11. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito, 1996.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito Brasileiro e em perspectiva comparativista. In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1993.

CAVALCANTE, Marisa Pinheiro. O adimplemento substancial como causa impeditiva da resolução contratual. Jus Navegandi, Teresina, ano 17, n.3450, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23219>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. vol. 11. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito das obrigações. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Nuevas Fronteras del Abuso de Derecho. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, n.723, jan. 1996, p.53.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa Fé no Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Princípio da Boa Fé. Jurisprudência Comentada. Ajuris, Porto Alegre, n.50, nov. 1990, p.207-227

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A Boa Fé como Parâmetro da Abusividade no Direito Contratual. In: Problemas de Direito Constitucional. Gustavo Tepedino (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.307-324.

MOURA, Carolina Maria Melo. Teoria do Adimplemento Substancial do Contrato de Seguro (Monografia no Curso da Escola da Magistratura do Paraná – Núcleo Londrina – inédito), 2007.

NEGREIROS, Teresa. Teoria dos Contratos: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

SÁ, Fernando Cunha de. Abuso de Direito. Coimbra: Almedinha, 1997.

SOARES, Paulo Brasil Dill; CÂMARA, Andreza Aparecida Franco. A quebra do contrato e do pré-contrato a partir da violação da boa fé objetiva. Scientia Iuris, Londrina, v.15, n.2, p.9-30, dez 2011.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Breves Reflexões Sobre a Eficácia Atual da Boa Fé Objetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: Problemas de Direito Constitucional. Gustavo Tepedino (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.77-109.

STJ. Teoria do adimplemento substancial limita o exercício de direitos do credor. In: Portal, 09 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106897#>. Acesso em 16 jan. 2013.