

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**ADIMPLENTO SUBSTANCIAL COMO FORMA DE RESOLUÇÃO
DOS CONTRATOS DE SEGURO ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E
ARRENDAMENTO MERCANTIL**

Larissa Fatima Russo Françoço

Presidente Prudente/SP
2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**ADIMPLENTO SUBSTANCIAL COMO FORMA DE RESOLUÇÃO
DOS CONTRATOS DE SEGURO ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E
ARRENDAMENTO MERCANTIL**

Larissa Fatima Russo Françoço

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de curso para a obtenção do grau de Bacharelado em Direito, sob orientação do Prof. Mestrando Guilherme Prado Bohac de Haro.

Presidente Prudente/SP
2014

**ADIMPLENTO SUBSTANCIAL COMO FORMA DE RESOLUÇÃO
DOS CONTRATOS DE SEGURO ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E
ARRENDAMENTO MERCANTIL**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO

MARCUS VINICIUS FELTRIM AQUOTTI

JOSILENE HERNANDES ORTOLAN DI PIETRO

Presidente Prudente, 27 de novembro de 2014

Não te mandei eu? Sê forte e corajoso; não temas, nem te espantes, porque o SENHOR, teu Deus, é contigo por onde quer que andares." Josué 1:9

AVANTE

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer a DEUS por ter sido a minha fonte de coragem quando muitas vezes me faltou força para continuar.

Agradeço imensamente aos meus pais, João Françaço e Matilde Aparecida Russo Françaço, que me deram o dom da vida abdicando de todos seus sonhos para viver somente os meus, são meus mestres e meus verdadeiros HERÓIS, a presença de vocês me mostram que não estou só na caminhada. A vocês toda a gratidão e amor do mundo.

Ao meu orientador, Guilherme Prado Bohac de Haro, fraterno mestre, exemplo de profissional e dedicado amigo; AVANTE!

À minha irmã Natalia Françaço; minha fonte de exemplos, sempre me animando com seus bilhetinhos de “coragem” espalhados pela casa e ao seu namorado Eduardo Delmonaco que desde que, adentrou a família, passou a ser meu irmão mais velho.

Ao meu namorado, Carlos Eduardo Gonzales Lobo; alento da minha vida. Pela incomensurável paciência, pelo sorriso cativante e pelo abraço sempre acolhedor.

À todos os meus amigos que entenderam a minha ausência, acreditando em mim e me motivando com a força necessária para não parar no meio do caminho. Mesmo tão distantes, mas sempre tão presentes; em especial: Sarah Araújo Barros, Ana Carolina Lavorato, Jéssica Lebrão Garcia, Renan Vichetti e; a minha melhor amiga, Thalita Lais Morcelli.

À minha família “Prudentina”, obrigada por durante cinco anos amenizarem o cansaço e me ajudarem a plantar as flores do meu jardim: Juliana Piantcoski, Cristina Piantcoski, Fernanda Fidelix, Jaciara Castro e João Pedro Piffer.

Agradeço àqueles que com sinceridade me apresentaram os meandros da ciência jurídica; e acabaram por me mostrar que uma das formas de realização da justiça parte do estudo sério, corajoso e constante: Dra. Laiza Fernanda Rigatto Andrade, Dr. Fábio Alexandre Marinelli Sola e Dra. Josilene Hernandes Ortolan De Pietro.

E, por fim, agradeço a Instituição Toledo que me acolheu tão bem, me ensinando os caminhos a seguir, me auxiliando a abrir as portas dos meus sonhos. Obrigada a todos os professores e colaboradores, sem vocês nada seria possível, em especial aos meus grandes exemplos: Marcus Vinicius Feltrim, Sérgio Tibiriça Amaral, e novamente, Guilherme Prado Bohac de Haro. – **AVANTE!**

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar a teoria do adimplemento substancial como mecanismo de equilíbrio contratual. Abordaram-se temas envolvidos desde a sua evolução histórica até, o instituto do adimplemento e seus princípios informativos, bem como, as principais espécies de inadimplemento. Há também pesquisas comparando-o presente teoria em nosso ordenamento jurídico brasileiro, com os ordenamentos jurídicos estrangeiros. Estuda-se sobre a boa-fé objetiva, versando sobre sua evolução histórica e as suas funções natas e também usando-a como fundamento para a aplicabilidade da teoria em foco. Logo em seguida fala-se do conteúdo do adimplemento bem como a valoração correta que o magistrado deve fazer para considerar, ou não a inadimplência como de pouca importância para fundamento da resolução. E por fim, aborda-se a teoria do adimplemento substancial nos contratos em espécies, como: seguro, alienação fiduciária e arrendamento mercantil. Faz-se referência à teoria como meio de resolução contratual, frisando que esta somente tem aplicabilidade quando o adimplemento total esta muito próxima ao fim. Percebeu-se que é completamente possível a aplicação desta teoria no ordenamento jurídico atual. Assim, o adimplemento substancial tem sido atribuído como mecanismo de equilíbrio contratual, uma vez que, estando uma das partes na iminência de sua conclusão esta teoria; inibi possíveis injustiças.

Palavras-chave: Adimplemento Substancial. Boa-fé objetiva. Limites na resolução. Inadimplemento.

ABSTRACT

This study aims to analyze the historical evolution of substantial due performance as well as the Institute of due performance and its principles informative, also emphasized the species of default. Compares the substantive due performance in our Brazilian legal system, with foreign jurisdictions. There is a chapter on the objective good faith, dealing with its historical evolution and its functions while good faith and as a foundation for the applicability of the theory of substantive due performance. Soon afterwards we speak of the content of due performance as well as the correct valuation that the magistrate must consider whether or not to default as little scarce. And finally, discusses the theory of substantive due performance contracts in species such as insurance, chattel mortgage and leasing. Reference is made theory as medium resolution contract emphasizing that this is applicable only when the total due performance is very close to an end. The paper argued that it is completely possible to apply this theory in the current legal system. The substantial due performance is attributed as limiting form of order to inhibit any injustice that may cause a party resolution, as well as search contractual equilibrium.

Keywords: Substantial due performance. Objective good faith. Limitson resolution. Breach.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSIDERAÇÕES INICIAIS | 10 |
| 3 DO ADIMPLEMENTO | 12 |
| 3.1 Boa-Fé Objetiva | 12 |
| 3.2 Princípio Da Correspondência | 13 |
| 3.3 Princípio Da Integralidade | 14 |
| 3.4 Princípio Da Concretização | 15 |
| 3.5 Modalidades De Inadimplemento | 15 |
| 3.5.1 Cumprimento Inexato | 16 |
| 3.5.2 Cumprimento Retardado | 18 |
| 3.5.3 Incumprimento Definitivo | 20 |
| 4 O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO | 21 |
| 4.1 A Boa-Fé Objetiva Como Requisito Essencial Para Aplicabilidade Da Teoria Do Adimplemento Substancial | 33 |
| 4.1.1 Breve Histórico Da Boa-Fé | 34 |
| 4.1.2 Diferenciações Básicas Da Boa-Fé Objetiva E Subjetiva. | 39 |
| 4.1.3 A Função Da Boa-Fé Objetiva Para A Aplicabilidade Da Teoria Do Adimplemento Substancial | 48 |
| 4.2. Funções Da Teoria Do Adimplemento Substancial e Critério Para a Valoração Da Gravidade | 50 |
| 4.3 Teoria Do Adimplemento Substancial Nos Contratos Com Relevante Procedência | 58 |
| 4.3.1 Seguro | 58 |
| 4.3.2 Alienação Fiduciária | 61 |
| 4.3.3 Arrendamento Mercantil | 63 |
| 5 CONCLUSÃO | 66 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS | 68 |

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade onde o consumismo é cada vez mais crescente, há diversos tipos de contratos sendo realizados a todo o momento; sendo eles de diversas naturezas e espécies. Entretanto, não é toda relação contratual que se extingue de maneira normal, ou seja, às vezes ocorre algum problema durante a vigência do contrato, sendo necessário resolvê-lo.

Ademais; em qualquer relação jurídica, nem sempre os contratantes obtêm poderes iguais entre si, em outras palavras, um sempre detém mais poder que o outro, seja relacionado ao poder aquisitivo ou de conhecimento. Surge então, a necessidade de interpretar o contrato de forma que ambas as partes saiam satisfeitas desta relação, desse modo, passou-se a valorizar a justiça contratual.

O direito contratual tem deixado de analisar somente as vontades das partes, passando a valorizar também a função econômico-social dos contratos, ou seja, verificar se o objetivo central daquele pacto foi de fato atingindo e todos ficaram plenamente satisfeitos. Foi-se o tempo em que o contrato gerava efeitos apenas para as partes; hoje ele profere efeitos para toda a sociedade.

Justifica-se isso através de uma sociedade que a cada dia torna-se mais complexa e diversificada; onde a autonomia da vontade, pouco a pouco, (perde o seu espaço), pois, na atualidade há uma preocupação com os efeitos práticos que o contrato acarreta a todos; e, não só com a livre manifestação de vontade entre as partes.

Somente um novo sistema; com uma nova dogmática, a qual permita ao magistrado avaliar e valorar a causa concreta, juntamente com princípios e cláusulas gerais, poderá criar uma regra mais justa para o caso, que permite a função social do mesmo.

Com o tempo, essa nova teoria passa a adentrar no dia-a-dia das decisões do Poder Judiciário, mesmo sem nenhuma Lei escrita sequer. É o novo surgindo para alcançar os objetivos de uma nova sociedade, ou seja, o direito acompanhando a evolução humana.

É neste contexto que o presente trabalho se desenvolve. Tendo como primeiro objetivo, demonstrar a aplicabilidade da Teoria do Adimplemento

Substancial em nosso ordenamento jurídico e quais serão os requisitos necessários para que seja ela aceita e válida em solo brasileiro.

Ressalte-se que, o assunto específico do adimplemento substancial; raramente é abordado, seja no direito estrangeiro ou em nossa pátria. No direito nacional, poucas vezes são discutidos e, os manuais quando o retratam, relatam apenas citações superficiais. Para tanto, o seguinte trabalho foi estruturado da seguinte forma:

No primeiro capítulo abordou-se a evolução histórica do adimplemento substancial e suas considerações iniciais. Questões essas, que são meramente introdutórias, a fim de demonstrar ao leitor o que virá no decorrer do trabalho.

Em um segundo momento, tratou-se do instituto do adimplemento, bem como os seus princípios informativos; em outras palavras, os princípios necessários para que se configure razoável a invocação do instituto objeto do presente estudo. Também foi mencionado o conceito e as espécies de inadimplemento, a fim de saber a correta aplicabilidade do mesmo.

Como explicado, esta é uma nova teoria em nosso direito brasileiro, portanto foi necessário compará-la aos institutos jurídicos estrangeiros, ou seja, como o adimplemento substancial é aplicado na Alemanha, Itália, Estados Unidos da América, Costa Rica e, por fim, o que dispõe a Convenção de Viena de 1980 sobre o assunto.

Um dos capítulos mais importantes, se refere à abordagem da boa-fé objetiva. Neste caso, foi mencionado um breve histórico, bem como, as diferenciações básicas entre a boa-fé objetiva e subjetiva e ainda a função que esta, obtém para que o adimplemento substancial seja aplicado e válido.

Abordou-se também quais são as funções da teoria do adimplemento substancial, bem como os critérios de valoração utilizados pelo magistrado para que, este denomine o inadimplemento como de “escassez da importância”, e conseqüentemente, aplique a teoria em estudo.

Por fim, o último capítulo, analisou os casos concretos, em pareceres de Tribunais para que o adimplemento substancial fosse aceito e introduzido em nosso sistema jurídico. Sendo que, foram analisados os contratos de seguro, alienação fiduciária e arrendamento mercantil, por serem estes, espécies de contratos mais presentes em nossos dia-a-dia.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ab initio, deve ser realizada uma breve introdução histórica da Teoria do Adimplemento Substancial, vez que esta possui diminuto espaço doutrinário, pois se trata de uma nova formulação científica no direito brasileiro. Portanto, antes da exemplificação de tal teoria, vale a pena lembrar o necessário sobre sua origem.

Em Roma não havia outro meio de resolução contratual senão pelo adimplemento, não havia como uma pessoa sair de uma obrigação sem cumpri-la porque o descumprimento não era tolerado.

Através do decreto *Quemadmodum*, do Papa Inocêncio III, as obrigações começaram a ganhar caráter diferente, passando a ser vistas como relações recíprocas. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 38):

Somente veio a ser considerada a resolução como subtendida aos contratos com prestações recíprocas com o Direito Canônico, entendimento este justificado por razões de equidade, bem como em decorrência do valor dado à interdependência das obrigações. O decreto *Quemadmodum*, do Papa Inocêncio III, ao reconhecer o direito do marido de deixar a esposa infiel, recorre ao expediente de considerar implícita no contrato de matrimônio a condição de que só é obrigatório manter-se casado durante toda a vida quando há o cumprimento pela outra parte do dever de fidelidade. Logo tal expediente foi estendido para todos os contratos com prestações recíprocas, sobressaindo, então, a visão de interdependência das prestações.

O autor nos remete a ideia segundo a qual, podemos resolver o contrato através de uma obrigação não cumprida por uma das partes, ou seja, poderá extinguir-se por vontade de um dos sujeitos envolvidos na relação obrigacional. Todavia, abriram-se margens de dúvidas no tocante aos atos que seriam considerados possíveis e graves ao ponto de extinguir relações contratuais.

Para solucionar tal situação, surgiu, no Direito inglês, as *condition* e *warranty*. As *condition* eram apenas uma obrigação descumprida, e as *warranty* eram obrigações acessórias que somente abriam margens para as perdas e danos. Assim, se, descumprida uma *condition*, ou seja, uma obrigação, uma cláusula contratual, capaz de vulnerar toda a economia do contrato poderia pedir a resolução deste, entretanto se o dever descumprido fosse considerado uma *warranty*, era possível reclamar apenas as perdas e danos.

Porém, os juízes daquela época começaram a enfrentar problemas quanto a decifrar quando seriam *condition* ou *warranty* nos caso concretos; devido a isto, ocorreu uma evolução contratual deixou-se de considerar a natureza do dever descumprido, para valorizar a gravidade do dever descumprido. Surgiu, então o princípio da *substantialfailure in performance*, conhecido também como, *substantial performance*. Bussatta (2008, p. 42) apud Meoro (op. cit. p. 270-271).

Porém esse critério, ademais, não foi somente utilizado no passado, senão que segue sendo utilizado para determinar quando o incumprimento faculta resolver. Assim, os Tribunais expressam a aplicação do critério de gravidade do incumprimento assinalado que esse deve afetar a base ou fim do contrato (“the root of the contract”), que deve ser fundamental, que deve afetar o mais substancial do contrato (“affect the very substance of the contract”), frustrar o propósito comercial da empresa (“frustrate the commercial purpose of the venture”), ou privar o credor de substancialmente a totalidade dos benefícios que as partes pretendiam obter (“deprives him of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties that should obtain”).

A partir de então, com a valorização da natureza do dever descumprido, é que o Direito Contratual recebe a teoria do *substantial performance* e por consequência a Teoria do Adimplemento Substancial, passando-se a ter mais significado estudá-la.

Portanto, a Teoria do Adimplemento Substancial baseia-se em princípios doutrinários, sendo que, quase todas as obrigações ali determinadas já foram cumpridas, além de que, determinado descumprimento contratual não foi suficiente para afetar drasticamente a economia do contrato, vedando a extinção da obrigação por inadimplemento. Busca-se a efetividade do contrato, realçando os princípios da função social e da boa-fé objetiva.

Ressalte que esta teoria não busca proteger o mau pagador, tal afirmação é exteriorizada através do princípio da boa-fé objetiva, vez que, tal preceito respeita os interesses legítimos sempre agindo com lealdade, portanto, se necessário, poderá o credor reivindicar que o devedor inadimplente quite o que for devido.

Por derradeiro ante este sucinto relato, iniciaremos o estudo sobre o Adimplemento.

3 DO ADIMPLEMENTO

Somente ocorrerá o adimplemento quando o devedor realizar a prestação idêntica a prevista na gênese da relação, objetivando livrar-se do vínculo obrigacional.

Como já abordado, a Teoria do Adimplemento Substancial não tem a sua origem enraizada na Lei, ou seja, não há um amparo legal para defini-la, a presente teoria nasceu por meio de conceitos doutrinários.

Portanto, para que esta teoria tenha validade por parte de quem a pleiteia, é necessário que se faça uma breve análise dos princípios informadores do adimplemento; que conseqüentemente estará presente na teoria em foco, são eles: princípio da boa-fé objetiva, correspondência, integralidade e ainda o princípio da concretização.

3.1 Boa-Fé Objetiva

O primeiro princípio a ser estudado é o da boa-fé objetiva, pois, em grande parte das relações jurídicas, principalmente nas contratuais, a boa-fé é requisito indispensável. Sabe-se que esta possui um cenário grande de operação, entretanto, a sua definição é muito complexa, isto porque a boa-fé detém inúmeras acepções, seja ela analisada sob a ótica subjetiva, objetiva ou como cláusula geral.

Em relação à boa-fé subjetiva, denomina-se aquela que recai sobre o sujeito, ou seja, sobre os seus acertos ou sua ignorância; conceitua-se como um estado de espírito. Dessa maneira, a pessoa acredita que a sua forma de pensar e agir estão corretas, conforme os ditames da legislação. Por sua vez, a boa-fé objetiva é baseada na honestidade, lealdade e na ética do comportamento humano

Nas relações jurídicas, pressupõe a sua inserção, mesmo que de forma implícita, em todas as condutas que advenham das partes, já nas relações contratuais, espera-se a sua presença desde a fase da negociação de um contrato até mesmo após o exaurimento contratual. Tal princípio almeja um padrão de comportamento correto dos contratantes. Carlos Roberto Gonçalves (2004, p. 33):

Todavia a boa-fé que constitui inovação do Código Civil de 2002 e acarretou profunda alteração no direito obrigacional clássico é a *objetiva*, que constitui uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas. Classifica-se assim como regra de conduta. Incluída no direito positivo de grande parte dos países ocidentais, deixa de ser princípio geral de direito para transformar-se em cláusula geral de boa-fé objetiva. É portanto fonte de direito e de obrigações.

O referido autor menciona que a boa-fé objetiva mudou o Direito atual, pois em uma relação contratual, devem as partes estar respaldadas na boa-fé. Assim, dispõe o art. 422 do Código Civil: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Portanto, a boa-fé objetiva é aquela em razão da qual as partes de uma relação jurídica, seja ela processual ou não, esperam que todos os sujeitos envolvidos estejam de acordo com a lealdade e a ética jurídica, já que, a boa-fé objetiva é um princípio-norte para todos os atos no campo do direito.

Desse modo, a Teoria do Adimplemento Substancial exige a presença do princípio em questão, para que as partes possam não só visar o cumprimento formal do contrato como também, um cumprimento que almeje e concretize a equidade contratual. A boa-fé, dada a sua importância será analisada com mais afinco nas próximas linhas

3.2 Princípio Da Correspondência

Por sua vez, o princípio da correspondência está intimamente ligado aos requisitos do pagamento sendo eles: tempo, modo e lugar. Isto ocorre devido a obediência dos mesmos, para que se tenha sua forma pactuada, ressaltando que são cumulativos. Fundamentando-se nos artigos 312 e 314, do Código Civil de 2002.

Este princípio aborda que o devedor deve respeitar, no momento do pagamento, as condições pactuadas, assim como deve também respeitar o objeto da prestação conforme combinado. Eduardo Luiz Bussatta, (2009, p. 23):

Quadra asseverar que não se pode entender a pontualidade como, simplesmente, o cumprimento da obrigação no momento ajustado. Sem dúvida, o cumprimento temporalmente correto é abrangido pelo princípio da

pontualidade ou correspondência. Contudo, não é só isso. Por tal princípio cumpre ao devedor observar todos os pontos, as exigências, os requisitos, as formalidades previstas no contrato ao realizar o pagamento, seja em relação à qualidade dos bens, seja às suas características, dentre outras possíveis exigências contidas no termo da obrigação.

Deve-se observar cada parte ajustada do contrato, pois a desobediência de qualquer dos pontos, acarretará o descumprimento desse princípio, tornando o devedor inadimplente e sujeitando – o às sanções legais, que variam de acordo com o ponto descumprido.

3.3 Princípio Da Integralidade

O princípio da integralidade rege que o credor não é obrigado a receber a prestação diversa do que foi acordado no momento da negociação; esta disposto no artigo 314 do Código Civil: “ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou”. Por conta disto, o devedor estará obrigado a cumprir a obrigação por inteiro, mesmo se o objeto desta for indivisível.

Este princípio admite apenas uma exceção no que diz respeito à recusa do credor sem uma fundada justificativa perante o pagamento parcial, em outras palavras, somente caberá recusa quando o objeto perder a utilidade para o credor, do contrário cabe a este aceitar o pagamento fragmentado. O ato de renúncia do credor, impede o devedor de cumprir a sua parte da obrigação de maneira leal, característica exigida pelo princípio da boa-fé objetiva, compreende-se então que, só há um motivo justo para a recusa se o objeto da prestação não for mais possível.

É de suma importância observar que a Teoria do Adimplemento Substancial é uma exceção a este princípio; pois, para a mesma, é permitido a divisão do pagamento.

3.4 Princípio Da Concretização

Por sua vez, o princípio da concretização serve para transformar a relação obrigacional previamente ajustada pelas partes em algo concreto e efetivo.

Assim, a obrigação deve ser realizada por seu devedor ou por qualquer interessado ou não interessado ao credor, ou quem legalmente o represente.

Tem-se o entendimento de que este princípio vem para complementar os demais, pois dessa forma, todos os demais cenários que não encontrarem formas de aplicação, estarão recepcionados pelo princípio da concretização. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 25):

Esse princípio tem caráter nitidamente complementar aos demais, abrangendo, assim, situações outras que não são cobertas por aqueles já vistos. Contudo, nem por isso seu valor é secundário, já que, numa visão de relação jurídica obrigacional complexa, deveres e obrigações são fixados no plano do dever-ser e não de, necessariamente, concretizar-se para que se possa falar em cumprimento regular.

Verifica-se assim que, a ligação deste princípio com os anteriores especialmente o da boa-fé objetiva, seguramente restará na satisfação de todos os envolvidos na relação obrigacional, obtendo dessa maneira, a sua finalidade cumprida.

3.5 Modalidades De Inadimplemento

É de grande importância explicar o instituto do inadimplemento ao tratar-se da matéria de direitos obrigacionais, pois o interesse jurídico sobre a obrigação surge quando o adimplemento não é alcançado. O inadimplemento pode ocorrer de várias maneiras, entretanto, a doutrina clássica resume-se em citar apenas o adimplemento absoluto e a mora.

Ocorre o inadimplemento parcial em situações em que há um descumprimento fracionário da obrigação, entretanto ainda há possibilidade de seu cumprimento, ou seja, o inadimplemento parcial é o atraso do cumprimento ou uma imperfeição da obrigação.

Já o descumprimento total ou absoluto são os casos onde a prestação por algum motivo, não poderá mais ser cumprida, assim, deve-se verificar o caso concreto, tornando – se inútil o credor.

A afirmação realizada acima, sobre a utilidade do objeto ao credor é abstraída do artigo 395 § único do atual Código Civil, pois este versa “*se a prestação devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e extinguir a satisfação das perdas e danos.*” Ademais, é importante averiguar que, quem decide a utilidade ou não do objeto para o credor é o Magistrado.

Salienta-se que, independente do tipo de inadimplemento, se é absoluto ou relativo, é direito do *accipiens* ter a obrigação que lhe é devida cumprida e, se o *solvens* não efetuar sua parte da obrigação, deverá responder por perdas e danos.

Entretanto, dividir o inadimplemento apenas em absoluto e mora, como é adotada atualmente pelo Código Civil, não corresponde aos interesses práticos do cotidiano.

Além dessas duas hipóteses clássicas para a teoria em estudo, discorrerão ainda: o cumprimento inexato, cumprimento retardado e o incumprimento definitivo.

3.5.1 Cumprimento Inexato

Há cumprimento ou prestação inexata todas as vezes que, cessando o prazo para a execução, esta seja realizada em condições que não foram as pactuadas. Ou seja, o que diferencia esta modalidade de incumprimento das outras não é o atraso ou a inexecução definitiva, mas as carências ou falhas durante a prestação pactuada, é o que versa Eduardo Luiz Bussata (2008, 2ª edição, p. 29):

Haverá cumprimento inexato sempre que o devedor realizar a prestação devida sem observar os princípios da boa-fé e da correspondência. O devedor cumpre, mas não o faz devidamente, seja em razão de que a coisa entregue ou o serviço prestado não contém as qualidades previstas ou exigíveis, seja pelo fato de que não observou um dever lateral de conduta, seja porque não cumpriu ponto por ponto o modelo obrigacional que estava adstrito.

Em nosso atual Código Civil não se especificou a matéria, sendo assim, existe apenas um breve espaço no art. 394, além do mais, não é expresso de maneira clara e concisa. Banda outra, obtendo maiores detalhes, ainda com insuficiência de melhores explicações, o cumprimento inexato encontra respaldo, em questão de conceito, no art. 20 do Código de Defesa do Consumidor, onde “o fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor...”.

A inexatidão ainda pode ser qualitativa ou quantitativa. Sendo que a primeira espécie assemelha-se ao cumprimento defeituoso e a segunda, ocorre quando o *solvens* desrespeita o princípio da integralidade. Para Pedro Romano Martinez (1984, p. 143), “Em sentido amplo, o cumprimento defeituoso corresponde a uma desconformidade entre a prestação devida e a que foi realizada. É, portanto, sinônimo de cumprimento inexato ou imperfeito.” O autor, também menciona que são necessários quatro condições para a caracterização deste incumprimento, prosseguindo (1984, p. 143-144):

Ter o devedor realizado a prestação violando o princípio da pontualidade; segunda, haver o credor procedido à sua aceitação por desconhecer a desconformidade ou, conhecendo, opondo a sua reserva; terceira, mostrar-se o defeito relevante; quarta, sobrevirem danos típicos.

Já, para o autor Eduardo Luiz Bussatta, além destas quatro condições importas por Pedro Romano Martinez, faz-se presente também sete classes de cumprimento inexato ou qualitativo, (2008, p. 30-31):

A primeira quando a prestação é realizada de modo distinto do previsto na obrigação, como na hipótese das mercadorias entregues em embalagem diversa da acordada. A segunda refere-se ao cumprimento da obrigação fora do local estabelecido no contrato ou previsto em lei. Para a terceira classe, pode-se elencar a prestação de coisa diversa da devida. A quarta classe alude à realização da prestação com qualidade diversa da devida. Ainda, o cumprimento pode ocorrer com um problema de direito sobre a coisa, como na hipótese de ônus não previstos ou de entrega de coisa alheia. Também se estará diante de cumprimento defeituoso quando não forem cumpridos os deveres laterais impostos pela boa-fé. Por último, haverá cumprimento defeituoso quando a coisa prestada contiver defeitos ou vícios que a lei trata de forma específica para cada tipo contratual, como é o caso dos vícios redibitórios.

As situações descritas acima são as presentes no artigo 394 do Código Civil, que versa, Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o

credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, p. 145-146):

As hipóteses vinculadas ao lugar e à forma da prestação, assim, somente ensejarão mora na medida em que provocarem atraso no prestar ou no receber a prestação, ou seja, não são elas suficientes, individualmente, para caracterizar a mora.

E prossegue ainda, (2002. P. 272-273):

A importância do tema, portanto, encontra-se na demonstração de que os casos de descumprimento de deveres laterais configuram verdadeiros casos de inadimplemento, em essência nada distintos dos descumprimentos dos deveres de prestação, capazes de provocar todos os efeitos comuns ao inadimplemento, como o direito a resolução e a possibilidade de oposição do contrato não cumprido.

Além disto, para tratar-se de cumprimento inexato quantitativo, como ressaltado acima, Eduardo Luiz Bussatta (2002, p. 31 – 32): deixa claro que, o mesmo será aplicado à aquele que deixa de observar o princípio da integralidade.

Quanto ao cumprimento inexato quantitativo, verifica-se quando o devedor desrespeita o princípio da integralidade, cumprindo parcialmente a prestação a que estava adstrito. Ocorre, por exemplo, quando o devedor está obrigado a pagar ao credor R\$ 100,00 (cem reais). Contudo, no vencimento, somente cumpre com R\$ 80,00 (oitenta reais). Também na venda de determinada área de terras *ad mensuram*, vindo depois o comprador a descobrir a falta de parte da metragem prometida.

Isto é, o cumprimento inexato quantitativo estará ligado à presença de um cumprimento defeituoso.

3.5.2 Cumprimento Retardado

Para que ocorra o cumprimento de forma correta, o devedor deve atentar-se ao que o contrato dispõe, ou ainda, caso esse seja omissivo, observar o que esta ordenada em lei; logo, o cumprimento retardado será a falta de pontualidade para o efetivo cumprimento da forma pactuada. Lucas Gaspar de Oliveira Martins (2011, p. 31):

O cumprimento retardado é um fenômeno caracterizado a partir do descumprimento do princípio da correspondência ou pontualidade, que se consubstancia na obrigação do devedor em cumprir a prestação dentro do termo contratualmente acordado ou previsto em lei supletiva em caso de omissão do contrato. Se o devedor não atender tal conduta, estará delineado o cumprimento retardado.

Ademais, é de suma importância a diferenciação de mero retardo para cumprimento retardado. A primeira corresponde a não efetivação da obrigação no momento devido, aqui a mora começa a se fazer presente sendo que o credor entrará em dúvida quanto a realização do pagamento, por sua vez, na segunda modalidade a mora já existe, sendo que já há um retardo no momento do cumprimento, ou seja, o adimplemento advém com retardo, mas em ambos os casos o objeto ainda é útil ao credor, se por algum motivo esta utilidade se perder não haverá cumprimento retardado e sim incumprimento definitivo.

Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 33):

Primeiro, pode ocorrer que a prestação não tenha sido realizada em momento oportuno nem possa ser em razão de ter-se tornado impossível, como no caso do veículo furtado antes do termo previsto para o vendedor entregá-lo ao comprador. Sendo a perda imputável ao devedor, a obrigação se transforma em perdas e danos; não sendo, a obrigação será resolvida. Pode ocorrer ainda que a prestação, apesar de possível, já não interessa ao credor, uma vez que perdeu a sua utilidade em decorrência do retardamento. Assim, a obrigação imposta ao conjunto musical contratado para animar o baile de formatura dos acadêmicos de direito. Ocorrendo um atraso considerável, não há como realizar a prestação, uma vez que os convidados já se retiraram. Também no caso do comerciante que adquire do industrial “ovos de chocolate” para serem alienados no período que antecede a Páscoa, não há que admitir a sua utilidade, ou seja, a satisfação dos interesses do credor, se o industrial pretender realizar a prestação após tal data. A essas obrigações, em que o momento da realização da prestação assume especial importância, dá-se o nome de obrigações com termo essencial.

Deve-se sempre observar quanto a utilidade do objeto para o credor. Sendo que esta análise deverá ser realizada de forma objetiva e não subjetiva, determina-se assim, uma efetiva perda contratual e, não apenas uma diminuição na obrigação. .

O art. 395, em seu parágrafo único do atual Código Civil, ensina que, caso a obrigação venha a se tornar inútil para o credor, este poderá enjeitá-la e exigir a satisfação de perdas e danos. Sendo que, neste caso, ocorre a mudança de mora pra incumprimento definitivo.

3.5.3 Incumprimento Definitivo

Haverá o incumprimento definitivo quando o devedor não cumpre a obrigação devida, não sendo o caso de inexatidão ou retardamento. A obrigação deixará de ser cumprida porque o objeto não é mais útil ao credor. Agostinho Alvim (1972, p. 7): “Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor”.

Ademais, o incumprimento definitivo poderá ocorrer por dois modos: de forma total ou parcial, ou seja, quando toda a prestação deixou de ser cumprida, ou quando a obrigação possui várias vertentes e apenas algumas foram cumpridas, respectivamente. Agostinho Alvim (1972, p. 7):

O inadimplemento absoluto – dissemos – pode ser total ou parcial. Total, quando a obrigação, em sua totalidade, deixou de ser cumprida, como no exemplo, acima figurado, do perecimento do seu objeto. Dá-se o inadimplemento absoluto parcial se, a obrigação compreende vários objetos, sendo um ou mais entregues e percebendo os restantes por culpa do devedor. Com relação a estes últimos não há mora, evidentemente, já que a entrega nem se fez e nem se fará. Terá havido, pois, inadimplemento absoluto parcial da obrigação.

Melhor dizendo, haverá inadimplemento parcial ou absoluto, conforme a possibilidade da prestação no seu total ou em partes. Portanto, quando a prestação já não for mais útil ao credor, ou não poder ser mais efetivada; a mesma estará diante de um incumprimento definitivo.

Por assim dizer, quando a obrigação não for mais possível de realizar-se, ou se possível for; e, não encontra-se mais útil ao credor; estar-se-á diante de incumprimento definitivo.

4 O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO

O estudo desta teoria no Direito estrangeiro é de suma importância, pois, como observado não possui respaldo em nenhuma legislação do direito pátrio. Desta forma, o estudo no direito estrangeiro auxilia o início da aplicação desta teoria em solo brasileiro.

O primeiro instituto a ser analisado é o direito Argentino. Este ordenamento é conduzido pelo princípio da conservação dos contratos, sendo que não há nenhuma regra legal e específica sobre a resolução contratual em caso de adimplemento substancial. Assim como no Brasil, a aplicação deste instituto fica a mercê da doutrina e jurisprudências. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 52):

A doutrina e a jurisprudência têm ressaltado a necessidade de que o incumprimento deve ser importante, grave, de não escassa importância, de grande magnitude, em razão de que o contrato é orientado pelo princípio da conservação, bem como seria contrário à boa-fé contratual o exercício do direito subjetivo de resolver o contrato em tais casos. Defende Carlos Miguel Ibáñez que o incumprimento deve ser valorado de acordo com o expressamente pactuado pelas partes, isso para as hipóteses de existir cláusula resolutiva expressa. Em não havendo, têm-se proposto dois critérios: o subjetivo, baseado na vontade presumida das partes; e o objetivo, que atende à interdependência das obrigações, de forma que somente haverá direito à resolução quando o inadimplemento afete uma obrigação que era substancial à estrutura do contrato.

A falta de regra no ordenamento Argentino faz com que, a resolução somente esteja autorizada a ocorrer em casos graves, pois vigora o princípio da conservação dos contratos juntamente com a boa-fé objetiva, sendo assim necessita da apreciação a cada caso concreto.

Outro instituto a ser analisado é o Direito Espanhol, que assim como ocorre no regime argentino não possui previsão para a resolução de contratos. É o que diz Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 50 -51) apud Mario E. Clemente Meoro (1998, p. 252):

Ao contrário dos anteriores, não há no Direito espanhol regra específica sobre a gravidade do inadimplemento para fins de resolução dos contratos. O art. 1.124 do Código Civil espanhol, da mesma forma que o art. 475 do Código Civil brasileiro, silencia sobre os adjetivos necessários para que o incumprimento seja resolutorio. Contudo, a jurisprudência é firme em

somente admitir a dissolução do vínculo contratual quando o incumprimento “seja verdadeiro e próprio, grave, essencial, de importância e transcendência para a economia, ou que tenha a entidade suficiente para impedir a satisfação econômica das partes”.

Dessa maneira, verifica-se que, somente poderá exigir a resolução contratual se drasticamente for violada a sua economia. Portanto, a Teoria do Adimplemento Substancial ao pregar este mesmo ensinamento, possui lugar para sua aplicabilidade e validade no Brasil, analisando-a através dos princípios da boa-fé objetiva e, neste caso, do *pacta sunt servanda*.

Além de tudo, como já abordado em capítulos anteriores, notou-se que a presente Teoria busca valorizar não a natureza do dever descumprido e sim a gravidade do descumprimento, sempre diante do caso concreto; recepcionando sua aplicação também, para os casos em que foram descumpridos os deveres acessórios. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 51):

Somente se admite, então, o desfazimento do vínculo contratual quando o descumprimento contratual for de tal relevância e grandeza que o fim do contrato reste elidido, ou a sua função econômica reste abalada. Nas demais hipóteses, só se permite a busca das perdas e danos que o caso importar ou, sendo ainda possível, a demanda pelo cumprimento da específica prestação devida.

Compreende-se então que, a impossibilidade da extinção do contrato, origina-se de uma construção doutrinária e jurisprudencial, pois, o critério é meramente objetivo, qual seja de atingir drasticamente a economia contratual. Rechaçando assim qualquer injustiça por lacunas da legislação espanhola ou brasileira.

Outro ordenamento jurídico que merece atenção especial é o Direito Inglês, pois este é o país de origem da teoria em estudo. Por sobrevir do sistema *Common Law*, conceituado por Juliana Marteli Fais (2006) como, “O *Common Law*, mais conhecido como direito não escrito, possui origem anglo-saxônica e tem por base os precedentes proferidos pelo Poder Judiciário, o qual considera separadamente cada caso” Neste sistema, a teoria em estudo, foi melhor aceita, tanto é que ocorreu uma grande evolução, pois deixou de observar o caso respaldado nas *conditiones* ou *warranties*, valorava-se a gravidade da obrigação descumprida.

Esta teoria foi delineada no julgamento do caso *Boone v. Eyre* de 1779, julgado por *Lord Mansfield*, que, em seu julgamento vetou a resolução do contrato por entender que o descumprimento tratava-se de uma obrigação secundária, foi retratado no Diário de Justiça do estado de São Paulo, na pagina 249, e 16 de janeiro de 2013, extraído pelo site JusBrasil.

Boone demandou contra *Eyre*, pois este atrasou o pagamento estipulado pelas partes no contrato. O contrato firmado propunha ao *Eyre* o pagamento de 500 libras e uma renda anual de 160 libras a *Boone* contanto que este transferisse a propriedade de uma plantação nas Antilhas, com os escravos que ali viviam, garantindo seu domínio e posse pacíficos. *Eyre* atrasou o pagamento e *Boone* estava cobrando o que tinha de direito em juízo (400 libras de renda atrasada) e *Eyre* alegava que a obrigação não tinha sido cumprida por *Boone*, pois não garantiu o domínio sobre os bens alienados não existindo mais escravos. *Lord Mansfield* julgou procedente, entendendo que o comprador não estava dispensado de pagar o convencionado, pois distinguia em um contrato as obrigações dependentes, chamadas de “*conditions*” e as obrigações independentes. No caso em questão não configurava uma obrigação dependente, ou seja, não eram cláusulas essenciais, constituindo a própria substância do contrato, cujo cumprimento era imprescindível. Considerou uma obrigação secundária se resolvendo somente em perdas e danos e não cabendo a resolução do contrato. Sendo assim, essa doutrina é antiga no sistema da *Common Law*, passando a ter maior relevância com a reforma do judiciário de 1873, impedindo efeitos negativos a uma parte em benefício de outra. Como visto a doutrina do adimplemento substancial surgiu no Direito Inglês, pertencente à família da *Common Law*.

E ainda o nobre autor Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz (2013):

A doutrina da *substantialperformance* foi criada na Inglaterra, no século XVIII, com o caso *Boone v. Eyre*, de 1779, tendo por base uma distinção que se fazia à época entre os tipos de cláusulas que os contratos poderiam conter e as respectivas consequências, de diferentes graus de gravidade, que poderiam advir da infração de uma ou outra. Vige na *Common Law* a regra segundo a qual o credor pode recusar um pagamento parcial ou que não corresponda aos termos do contrato. Por conseguinte, o adimplemento deve ser integral para que a parte possa reclamar a contraprestação. A aplicação desta regra, em rigoroso formalismo, levou a muitas decisões iníquas, como a do caso *Cutter v. Powell*, de 1795 (viúva de um marinheiro que não completou a viagem). Estes tipos de decisões injustas chamaram a atenção das Cortes de Equity que, estabelecendo a doutrina da *substantialperformance*, possibilitaram decisões mais conformes às exigências do princípio da boa-fé objetiva. Começou-se, então, a cogitar da gravidade do incumprimento para efeitos de outorga da resolução, como forma de proteger a contraparte. A inovação da *substantialperformance* surgiu da inversão do ponto de vista do julgador que, de apreciar a gravidade a partir da inexecução, passou a considerar a execução, a fim de determinar se ela satisfazia substancialmente a totalidade das obrigações estipuladas, apesar de sua imperfeição.

Valorizou-se o adimplemento próximo ao fim, ou a *substantial performance*, assim chamado no sistema da *Common Law*. Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz (2013):

Assim, a teoria do adimplemento substancial foi estabelecida por Lord Mansfield, em 1779, no caso *Boone v. Eyre*, em que o contrato já havido sido adimplido substancialmente, razão pela qual não se admitiu o direito de resolução, com a perda do que havia realizado o devedor, apenas cabendo direito de indenização ao credor, pois considerou-se, no caso, o direito de resolução como abusivo. Em caso mais recente (1952 – caso *Hoenig v. Isaacs*), o Lord Denning sustentou que a questão está em saber se o adimplemento total é condição prévia para o pagamento, concluindo que nem sempre assim sucede, dependendo da extensão do inadimplemento.

Somente pode-se resolver um contrato, se a prestação do objeto não é mais interessante ao credor, devendo essa análise ser realizada pelo magistrado diante do caso concreto, pois vigora o princípio da gravidade das consequências do inadimplemento, portanto quando a prestação esta muito próxima ao fim, mesmo que o devedor esteja inadimplente não é motivo para resolvê-lo, pois, o objeto ainda será útil. Segundo Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 54): “Verifica-se que também o Direito Inglês veda o desfazimento do vínculo contratual quando o adimplemento inexato satisfaz os interesses do contratante”.

Na Itália, por sua vez, a Teoria do Adimplemento Substancial recebe a nomenclatura de *inadempimento de scarsa importanza*, assim como no Brasil é limitado o direito de resolução se este, não prejudicar o fundamento do contrato, possibilitando assim a satisfação do credor.

Diferente dos outros ordenamentos, o Código Civil Italiano previu expressamente sobre o *inadempimento de scarsa importanza* conforme o art. 1455.¹. Este dispositivo versa que somente haverá a resolução contratual, se o inadimplemento for de natureza grave.

Ademais, para este ordenamento, ressalta-se que caberá ao magistrado analisar a gravidade do dever descumprido de acordo com a boa-fé objetiva, sendo assim, se o descumprimento for de “escassa importância”, compatibilizará apenas com os institutos das perdas e danos ou do cumprimento da obrigação. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 44) apud Pamela Schimperna (1995, p. 500):

¹ “Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avvertendo all’interesse dell’altra” Tradução: O contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tem escassa importância, resguardado o interesse de outra parte.

Questão bastante controvertida refere-se à valoração da gravidade do incumprimento. Assinala Pamela Schimperna que não há critério legal estabelecido, cabendo à doutrina e à jurisprudência construí-lo. Criaram-se então, dois principais critérios: o primeiro, objetivo, majoritário na doutrina, leva em conta a interdependência funcional da prestação e a perturbação que o inadimplemento trouxe para a economia do contrato; o segundo, subjetivo, pelo qual se deve considerar a vontade presumida das partes, o que significa dizer, verificar se a parte, conhecendo a possibilidade de ocorrer tal inadimplemento, ainda assim contrataria.

Entretanto, não há um critério para valorar a gravidade da obrigação descumprida, pois em cada caso haverá sua característica específica para ser levado em consideração. Valorar a gravidade é algo específico do trabalho do magistrado, é ele quem deve dimensionar o tamanho do inadimplemento.

A expressão “escassa importância” deve ser entendida como algo que não afete o fim econômico-social do contrato, atentando-se para cada condição da relação contratual. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 45):

A vedação imposta pelo art. 1.455 do Código Civil italiano alcança também o descumprimento das prestações acessórias, bem como o atraso no cumprimento da obrigação; nessas hipóteses, o interprete deve ater-se ao cumprimento da função econômico-social do contrato para decidir pela manutenção do contrato ou pela sua dissolução.

Conclui-se então que, a valoração da gravidade do dever descumprido é de suma importância para o instituto do direito italiano. Possui disposições legais em seu Código Civil sobre a resolução de contratos, compelindo junto a si, a aplicação da boa-fé objetiva, zelando por manter as relações contratuais, guardando a função econômica-social.

O Direito alemão, assim como ocorre no Direito Italiano, possui regra específica para a gravidade do inadimplemento, com o propósito de oportunizar à parte lesada o fim da obrigação. Ariella Caçula Zambrano (2009, p. 46):

Dispõe o BGB em seu § 323 a possibilidade de resolução contratual quando um dos contraentes não adimplir com a sua obrigação ou se adimplir não faz em conformidade com o contrato, desde que o credor tenha estipulado prazo para o devedor desempenhar a sua obrigação. Ora, a resolução do contrato por adimplemento parcial somente é admitida pela doutrina alemã quando a parte não tiver interesse na parcialidade. Entretanto, caberá perdas e danos no caso em que o incumprimento parcial do devedor restar preservada.

O Direito alemão admite a resolução contratual quando a parte não tiver interesse na parcialidade, entretanto, por consequência caberá perdas e danos diante dos casos em que o incumprimento parcial do devedor restar preservada.

Especificando para a Teoria do Adimplemento Substancial, dispõe o § 323 do BGB que, o devedor deve efetivar sua parte do contrato conforme o pactuado, porém se isso não ocorrer, o credor não poderá resolvê-lo caso, o dano for insignificante para a economia contratual. Eduardo Luiz Bussata (2008, p. 47 – 48):

Tratando dos casos de adimplemento substancial, dispõe o § 323 (5)² do BGB que, se o devedor não cumprir sua obrigação em conformidade ao contrato, não caberá ao credor resolução contratual, quando a lesão obrigacional for insignificante. Dessa maneira, o descumprimento de qualquer dever contratual por parte do contratante não poderá dar azo à resolução do contrato se não for relevante, significativa, se não retirar de forma grave aquilo que a parte não inadimplente poderia esperar do contrato. Quadra observar que o legislador alemão fala em “lesão do dever”, deixando claro, com isso, que não se refere somente ao descumprimento da prestação principal, mas de todo e qualquer dever decorrente da relação contratual. Positivando, assim, a visão de relação contratual complexa.

Igual aos demais institutos analisados, e também no ordenamento jurídico brasileiro, o direito alemão também preza para que, o descumprimento do dever obrigacional deva ser de relevante significado, de maneira que afete drasticamente o cumprimento do contrato, impossibilitando a outra parte a efetivar com o pactuado.

O ordenamento alemão preza também pela boa-fé objetiva, oferecendo chances de efetivar a teoria do adimplemento substancial, impedindo a resolução caso, alguma das partes agir de modo contrário a este princípio. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 48):

Como é sabido, o BGB é expresso ao impor a boa-fé objetiva aos contratantes no § 242. Não há dúvida, com isso, de que os contratantes são obrigados a aguardar, durante todo o processo obrigacional, a mais estrita lealdade e cooperação mútua, de forma que se poderia, mesmo antes da inclusão da regra sobredita, defender a aplicação da teoria do adimplemento substancial, vedando, assim, o desfazimento do vínculo

² No original: “Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäss bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist”. Tradução: Se o devedor tiver pago em parte, o credor pode revogar todo o contrato, apenas caso ele não tenha interesse em parte. Se o devedor não tiver realizado em conformidade com o contrato, o credor não pode revogar o contrato se a violação da dívida é banal.

contratual quando, sendo o inadimplemento de escassa importância, fosse contrário à boa-fé objetiva. Contudo, preferiu o legislador deixar clara tal impossibilidade, dirimindo, assim, qualquer dúvida que pudesse ocorrer na concretização do princípio da boa-fé.

A doutrina alemã usa a nomenclatura “insignificância” enquanto a doutrina italiana opta por “escassa importância”, ambas correspondem à pequena lesão sofrida ao inadimplir um contrato, redundam na manutenção do contrato em prol de sua função econômico-social.

Por derradeiro, conclui-se que a extinção do contrato, no ordenamento jurídico alemão, é uma exceção ocorrendo apenas em casos extremos, a opção da lei neste país é pela preservação e manutenção contratual.

Já nos Estados Unidos da América, também é regido pelo sistema da *Common Law*.

Nos dizeres do *Uniform Commercial Code* (UCC), seção §1-201 (11), o contrato possui aspectos da obrigação assumida pelas partes; através do pacto realizado entre eles. Lucas Gaspar de Oliveira Martins, (2008):

Apesar de cada Estado possuir seu próprio regramento em matéria de contratos, o sistema jurídico norte-americano codificou o *Uniform Commercial Code*, que estabelece as diretrizes fundamentais da matéria. Segundo a seção § 1-201 (11), o contrato significa a obrigação legal que resulta de um acordo entre as partes, conforme disposto por este instrumento, ou qualquer outra Lei aplicável, o que confere ao contrato o caráter obrigacional ao mútuo acordo entre as partes, ficando ainda adstrito à norma cogente da boa-fé objetiva, e ainda *standards* através dos quais as obrigações devem ser executadas.

Afirma-se que os *standards* são pactuados pelos sujeitos do contrato e estão diretamente ligados a boa-fé, sob pena de nulidade dos mesmos. Vivien Lys Porto Ferreira Silva, (2006):

A execução das obrigações correspectivas imposta no contrato pelo direito americano fica condicionada ao cumprimento das mesmas, segundo o padrão estabelecido pela boa-fé expressa por *standards*, representativos de normas de conduta relativas à execução previamente estabelecidas pelas partes, se houver interesse em determiná-las. É fato que os *standards* criados pelas partes estão dentro da norma cogente de boa-fé, sob pena de nulidade dos mesmos. Além disso, se as partes não estabelecerem que uma negligência grave constitui um *standard* passível de violação ao contrato, essa ação será considerada como fundamental para gerar o rompimento do vínculo contratual em razão dos padrões de conduta intrínsecos à boa-fé, cuja sanção da resolução será aplicada pelo magistrado, se necessário for.

Apesar do direito norte-americano permitir a resolução do contrato criado, este ordenamento também admite o Adimplemento Substancial, quando houver ausência da notificação ao credor de seu descumprimento contratual. É o que preceitua Vivien Lys Porto Ferreira Silva (2006):

Por outro lado, o contrato também pode ser restabelecido e mantido, se o credor aceitar a parcela executada de maneira desconforme sem notificar o devedor no momento após ter ciência do descumprimento existente. A ausência dessa notificação impede o exercício do seu direito resolutorio em razão da desconformidade apresentada, ou seja, se ele ajuíza uma ação apenas cobrando as parcelas anteriores prestadas em desconformidade ou ainda requerendo a execução das parcelas a serem executadas no futuro por um lapso temporal bastante posterior, pressupõe que houve a aceitação da obrigação prestada com a ausência de parte mínima caracterizadora do adimplemento substancial. Quanto às sanções oriundas da resolução do contrato, diante do adimplemento substancial, o parágrafo 2.712, (2), do UCC permite ao comprador reaver, dentro dos parâmetros da boa-fé, com o vendedor, as despesas com o cancelamento injusto do contrato, como meio de compensação pela quebra do vínculo contratual.

Este direito, esta intimamente ligado à gravidade da obrigação não cumprida. Vejamos que, mais uma vez, a valoração desta gravidade se faz presente, cabendo ao magistrado apreciar caso a caso para saber o momento certo de sua aplicação, juntamente com o princípio da boa-fé. Entretanto, após inúmeros estudos da autora Vivien Lys Porto Ferreira Silva (2006), foi listado os casos em que os precedentes americanos julgavam favorável a teoria em estudo, sendo eles:

Os critérios listados acima criam uma espécie de guia para os operadores do direito verificarem a extensão do adimplemento substancial eventualmente existente no caso concreto, sendo possível listar os seguintes elementos: (i) ausência da prestação completa; (ii) benefício possível de ser extraído do adimplemento substancial; (iii) cumprimento insubsistente da prestação ou da preparação para executar o contrato; (iv) esforço da parte inadimplente a cumprir com sua obrigação, visando o adimplemento regular do negócio jurídico; (v) culpabilidade da parte que descumpriu minimamente a prestação prometida; e (vi) incerteza gerada à parte adimplente de que o restante do contrato não será mais cumprido. Se a extensão desses elementos for de proporção ínfima que não afete drasticamente o contrato como um todo, o contrato deve ser mantido, em razão da configuração do adimplemento substancial. É fato também que estes não são elementos precisos, necessitando de alguma valoração sob os pilares do princípio da boa-fé objetiva.

Deve-se realizar uma profunda análise das obrigações decorrentes no contrato, antes de resolvê-lo, se algum dos inadimplementos justificarem a gravidade da obrigação para extingui-lo, não haverá problema nenhum em aplicar

este instituto. Todavia, deve-se optar pela manutenção do contrato quando o adimplemento está próximo ao resultado final almejado pelas partes, isto é, pelo adimplemento substancial.

Por sua vez, no Direito Português, optou também por restringir o direito de resolução quando o inadimplemento for de escassa importância. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 49):

O Código Civil português de 1966 também veda o direito à resolução quando a dissonância com o programa contratual, especialmente a parcial, for de escassa importância. De fato, o art. 802º, n. 2, dispõe que “o credor não pode, todavia, resolver o negócio se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”. Esse dispositivo é complementado pelo art. 808º, n. 2, pelo qual “a perda do interesse na prestação é apreciada objetivamente”. Pela redação utilizada, não parece haver dúvida de que a fonte de inspiração do legislador português foi o Código italiano de 1942.

Através da leitura de tais artigos, é fácil extrair da norma quais são os limites impostos para o direito de resolução, não podendo o credor utilizar deste instituto se, houver o inadimplemento parcial de escassa importância. O direito português, admite o adimplemento substancial, juntamente com a análise da boa-fé. Vivien Lys Porto Ferreira Silva (2006):

Em Portugal, o adimplemento é “.a realização da prestação devida”. Não obstante, a valoração do adimplemento dentro do contexto do contrato não se denota rígido o princípio da integralidade do adimplemento (CC, art. 763º, nº 1), na medida em que não é requisito da contraprestação do credor, isto é, embora todo contrato exija o adimplemento total e satisfatório, o sistema jurídico português admite o adimplemento substancial dentro dos parâmetros da boa-fé, fundamentado na norma positiva do artigo 762º, nº 2, do Código Civil: “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”.

Prosseguindo, ainda:

O artigo 802º, nº 2, do Código Civil Português estabelece, expressamente, o regime jurídico do adimplemento substancial, aplicável tanto na obrigação principal como na acessória, “O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”

Essa exceção apenas é aceita, devido a sua interpretação juntamente com a boa-fé. Mário Júlio de Almeida Costa (2001, p. 894) versa que “se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”. A

presença deste artigo no código civil português é de extrema importância, pois estipula a adoção do adimplemento substancial.

Verifica-se então que, o direito português possui regras limitando o direito de resolução perante o inadimplemento de escassa importância, aproximando-se da legislação italiana.

Já o direito costa-riquenho, vigente sobre o sistema do *Civil Law*, possui apenas um dispositivo, em seu ordenamento jurídico, sobre a resolução de contratos. Vivien Lys Porto Ferreira (2006):

Na Costa Rica, o Código Civil não apresenta um artigo específico sobre o adimplemento substancial, mas tão somente dispositivo legal – o artigo 692 – exclusivo para tratar da hipótese da resolução do contrato, diante do inadimplemento, independentemente da graduação deste, *verbis*: “Artigo 692. Em los contratos bilateral esva siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva condaños y perjuicios”.

O Código Civil da Costa Rica, não especifica hipóteses onde o inadimplemento possa ser apenas uma pequena causa de insignificância, ou que afete somente prestações acessórias, não atingindo a principal.

A doutrina deste país não aceita a teoria do adimplemento substancial, pois, opta pela afirmação de que a resolução é sempre a melhor solução. Entretanto, ao buscar o equilíbrio contratual, a teoria em estudo é sempre a melhor solução. Vivien Lys Porto Ferreira Silva (2006):

Embora essa forte tendência à resolução do contrato estivesse enraizada no sistema jurídico deste país, no prestígio do *principio pacta sunt servanda*, pela exigência do princípio da boa-fé e da necessidade de revelar a exata valoração da “*importância del incumplimiento*”, conduziu-se a manutenção da regra rígida da resolução do contrato, por meio da interpretação analógica de outros dispositivos dispostos nesse sistema jurídico, a fim de permitir a salvaguarda do contrato diante do inadimplemento ínfimo ou secundário, que não desnatura o adimplemento realizado como meio de satisfação dos interesses do credor.

O inadimplemento possui vários aspectos e somente quando revestido de gravidade poderá ser aceito a sua resolução, devido a isto e também aos princípios da boa-fé objetiva e do *pacta sunt servanda*, o direito costa-riquenho passou a admitir o adimplemento substancial em seus julgamentos. Vivien Lys Porto Ferreira Silva (2006):

Com essa transmutação de conceitos da rígida regra da resolução do contrato expressa na legislação civil em toda e qualquer circunstância, ocasionou a incorporação da Teoria do adimplemento substancial, na medida em que a jurisprudência da Costa Rica, em meados do século XX passou a reconhecer em seus julgados que "... a resolución del vínculo contractual (...) no es aplicable cuando se trata de obligaciones de carácter accesorio o complementário respecto a las prestaciones o las contraprestaciones que constituyen el principal objeto del contrato." – (Nos contratos bilaterais está sempre implícito a condição resultante por falta de cumprimento. Neste caso a parte que já cumpriu, pode exigir o cumprimento do acordo e pedir com juros e reajuste). (Sentença do Tribunal Supremo de 16.05.1945).

Conclui-se então que, apesar do rígido sistema de Costa Rica, este país incorporou a teoria do adimplemento substancial, admitindo a resolução contratual apenas quando houver inadimplemento como importante incumprimento da obrigação.

Para finalizar o estudo da Teoria do Adimplemento substancial, no direito comparado, cabe a análise da Convenção de Viena.

A Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional foi firmada em 1980 em Conferência Diplomática com representantes de 62 (sessenta e dois) estados e 08 (oito) organizações internacionais. Desde aquela época, 54 (cinquenta e quatro) Estados dos 05 (cinco) continentes (quase que a maioria das nações) aprovaram e, ratificaram a Convenção para ser aplicada para as relações de consumo internacional.

A Convenção de Viena possui vasta abrangência, portanto foi necessário estipular o conceito de adimplemento fundamental, pois o mercado econômico gira muito rápido, por isso estabeleceu o artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas na Convenção de Viena de 1980:

Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto.

A norma que pode ser extraída do artigo transcrito, é que o inadimplemento será considerado fundamental quando a utilidade para a parte lhe é removida, ou seja, o que era esperado com o contrato, não mais ocorrerá. Vivien Lys Porto Ferreira (2006):

Essa necessidade é iminente devido à tênue área que separa o inadimplemento fundamental e o adimplemento substancial, cuja proximidade gera controvérsias infinitas, se não houver o emprego correto e preciso de cada conceito em situações concretas específicas. Assim, por meio da extração do conceito do inadimplemento fundamental será mais fácil discorrer, com maior propriedade, que diante do adimplemento substancial, a parte lesada deve mensurar a exata dimensão do inadimplemento para que seja possível o seu exercício legítimo do direito de resolução quando o descumprimento revela-se importante e recaia sobre a obrigação principal, ou sendo obrigação acessória o inadimplemento desta impossibilite a preservação do programa contratual em relação à satisfação do interesse do credor conforme ditames contratuais previstos.

Para de fato concluir o que é um dever fundamental violado, resolvendo a negociação contratual, deve-se interpretar o contrato a luz da boa-fé subjetiva e principalmente objetiva. Vivien Lys Porto Ferreira Silva (2006):

O inadimplemento fundamental, no plano das relações internacionais, é um pré-requisito exigido, como descumprimento essencial, cometido em sua integralidade, para resolver um contrato. Apenas diante do impedimento de bloquear os efeitos da obrigação esperada pelo outro contratante, privando-o da satisfação de seu interesse legitimado com base no contrato, que há o inadimplemento fundamental. Nesta hipótese, a legislação internacional admite a resolução do contrato. Não sendo o inadimplemento qualificado como fundamental, aplica-se apenas ao inadimplente uma reparação do dano por meio de uma indenização proporcional ao descumprimento.

Para conceituar o inadimplemento fundamental faz-se necessário a presença dos seguintes aspectos: Prejuízo substancial (*substantial detriment*) e a imprevisibilidade, no sentido de exigir do homem médio (*reasonable person*) a quem esta inadimplente. Vivien Lys Porto Ferreira Silva (2006):

Com a conjugação destes requisitos (descumprimento de obrigação fundamental, imprevisibilidade do inadimplemento e pessoa razoável responsável pelo inadimplemento) é concluída a estrutura exigida pelo inadimplemento fundamental, vista conforme os ditames da Convenção de Viena, especificamente pela Lei Internacional sobre Venda, sendo possível aplicá-la na seara internacional, sem haver qualquer confusão de conceitos com o adimplemento substancial ou o com o adimplemento absoluto e o relativo.

Portanto, no Direito Internacional, nos termos da Convenção de Viena, apenas será possível resolver o contrato quando este possui uma violação fundamental, que deve ser analisada com os requisitos acima citados juntamente com a boa-fé, do contrario é tranquilamente possível aplicar em âmbito internacional a Teoria do Adimplemento Substancial.

4.1 A Boa-Fé Objetiva Como Requisito Essencial Para Aplicabilidade Da Teoria Do Adimplemento Substancial

O Código Civil de 2002 inseriu a boa-fé objetiva em diversos artigos, devendo estar presente desde a manifestação de vontade das partes para que se realize um negócio até o encerramento da obrigação. A boa-fé objetiva possui estrema importância nos dias de hoje, inclusive a sua relevante previsão sob a forma de princípio geral, ademais esta é relacionada nos deveres anexos ou laterais.

Desde os princípios do Direito Romano, almejava-se uma boa-fé baseada na conduta das partes, pois, conseqüentemente, a boa-fé traria a esperada lealdade para as relações jurídicas garantindo demasiados reflexos nos contratos e nos negócios. (Bussata, 2ª edição, 2008, pg 65):

Seja pelo conteúdo ético que possui, seja pelo histórico que apresenta, o princípio da boa-fé objetiva, sem sombra de dúvida, figura o mais importante de todos os princípios, à medida que realmente permite, por meio das suas especializações funcionais, a obtenção da justiça do caso concreto, especialmente ao admitir que o magistrado, ao julgar determinado caso contratual que lhe foi posto, possa atentar aos meandros e peculiaridades do caso concreto a fim de proferir uma decisão justa, que se apresente mais vantajosa em termos de custo social, ainda que contrária ao sentido literal de determinada regra. Enfim, a boa-fé erige-se em elemento substancial da evolução do direito, que com insistência, denomina-se “a socialização do direito”.

A citação acima nos remete a ideia, de que, mesmo que o contrato seja firmado entre partes, e que um dos princípios contratuais é o *pacta sunt servanda*, o direito sempre desejou que os negócios fossem realizados com equidade, para que ambas as partes possam estar satisfeitas ao término da obrigação.

O direito e, conseqüentemente, o Poder Judiciário buscam cada vez mais reprimir situações em que há abuso da confiança da parte alheia, pois o resultado contratual deve sempre ser justo e razoável para ambas as partes. A boa-fé objetiva cada vez mais ganha espaços dentro das relações jurídicas, restringindo de forma considerável a autonomia das partes.

É exatamente nessas circunstâncias que a boa-fé é estudada no presente subcapítulo afim de, certificar que a este princípio cada vez mais acarreta

transformações no direito das obrigações e nos contratos em geral, fundamentando assim a Teoria do Adimplemento Substancial.

4.1.1 Breve Histórico Da Boa-Fé

As primícias da boa-fé possuem sua gênese em Roma, especificadamente na Lei das XII (doze) Tábuas. A história iniciada em Roma transpôs para o mundo os primeiros debates iniciados em torno da boa-fé, sendo eles de diversas características, tais como a equidade e a justiça. Múltiplas são as questões que foram acolhidas pela boa-fé possuindo capacidade para solucionar demasiados problemas até os dias atuais.

A exteriorização de boa-fé oriunda do latim *fides* que, significa lealdade, sinceridade e honestidade. Em relação à expressão *fides* existiam três versões: a *fides-sacra*, a *fides -facto* e a *fides-ética*.(Antônio Manuel da Rocha e Menezes de Cordeiro, 2001, pg. 55/56):

A *fides-sacra* está documentada em latitudes diversas: na Lei das XII Tábuas, ao cominar sanção religiosa contra o patrão que defraudasse a *fides* do cliente; no culto da deusa Fides, centrado na sua mão direita, símbolo da entrega e da lealdade; na análise dos poderes extensos atribuídos ao pater e nas fórmulas iniciais da sua limitação.

A *fides-sacra* estaria relacionada em vertentes religiosas, sem deixar claro o conteúdo da norma aplicada. Continua ainda o renomado autor:

A *fides-facto*, assim dita por se apresentar despida de conotações religiosas ou morais, que a reconduz à noção de garantia, associada a alguns institutos, como o da clientela. É de aproximar da *fides-facto* a leitura de BESELER, segundo a qual a *fides* figuraria uma ligação, encontrando, conjuntamente com a (palavra grega não identificada) grega, a sua raiz indo – europeia na designação duma planta utilizada para atar.

A *fides-facto* presenciava então, as relações com a clientela. Sendo que os mesmos autores continuam a presente citação:

A *fides- ética*, desde o momento em que a garantia expressa pela *fides* passou a residir na qualidade de uma pessoa, teria ganho uma coloração moral. Mais do que um mero *facto*, sintoma de um desenvolvimento conceptual incipiente, a *fides* implicaria o sentido de dever, ainda quando não recebida pelo direito.

A *fides-ética* teria suas vertentes em conotações morais, expressa na qualidade da pessoa. Todavia, a *fides* não possuía expressa força vinculativa, por isso foi assumindo novas concepções e somente a partir daí adquiriu esta força.

A *posteriori*, agregou-se o adjetivo *bona* a *fides*, pois havia existência de relações comerciais entre os romanos e estrangeiros, razão pela qual consistia em acreditar na fé das pessoas, baseando-se em relações extrajudiciais, acreditava-se que cada sujeito cumpriria com o pactuado Antônio Manuel da Rocha e Menezes de Cordeiro (2001, p. 100/101):

A expressão *fides bona* foi criada pelo pretor, com um sentido técnico jurídico. Da análise filológica da *fides*, conjugada com as suas manifestações dispersas em institutos concretos, resultou a descaracterização do termo e a sua disponibilidade para dar cobertura a inovações jurídicas. Em determinada altura, nos textos jurídicos, surge à combinação *fides bona*. [...] Isto é, algo ligado a poder, confiança, garantia e respeito e com uma áurea mística – e *bona* inculcam o sentimento de algo axiologicamente positivo, a seguir. O direito romano é pragmático e, na forma, tradicionalista: não se vislumbra a ocorrência de reformas terminológicas ou similares. O recurso a expedientes linguísticos inventivos só pode ter advindo duma necessidade: a de nominar realidades novas, criadas de modo especial.

Verifica-se que a expressão *fides bona* era um critério objetivo de regulamentação dos negócios e relações acessórias à ela, sendo que esta expressão sofreu evoluções passando a agregar junto de si termos como *bonae fidei iudicum* ou *iudicia bonae fidei*, o que significa que não se buscava mais as soluções formais dos litígios mas sim, materiais, pois, no primeiro caso tratava-se de um judiciário extremamente formalista e no segundo, por conseguinte, possibilitou uma maior atuação do magistrado. Assim, verificando cada caso concreto, os juízes poderiam proferir sentenças conduzidas pelo princípio da boa-fé em caso de omissão legislativa. Rosenvald (2005, p. 76):

É possível, então, aferir a proximidade entre os *iudicia bonae fidei* e o princípio da boa-fé objetiva do direito das obrigações como espécie de cláusula geral a ser atuada pelo magistrado diante do caso concreto. Em valioso estudo sobre a boa-fé no direito romano, Francisco Amaral constata que o critério de valoração judicial das circunstâncias concretas nas ações de boa-fé demonstrava que ela já detinha o propósito de correção e lealdade, com valorização do comportamento das partes, sentido este desenvolvido pelo direito moderno no setor dos negócios jurídicos.

Firma-se então posturas gerais visando garantir o dever de lealdade, para que, o contratante cumpra com o esperado, ou seja, com aquilo que é imposto nos deveres contratuais, esperando – se assim, que todos os sujeitos ajam da maneira correta, em todos os campos das relações obrigacionais.

O instituto da boa-fé sofreu diversas modificações, inclusive com o direito canônico. Durante a Idade Média a Igreja Católica detinha grandes poderes de decisões, pois era o centro do cenário nacional e mundial. Portanto, a Igreja atribuiu valores morais e éticos ao instituto da boa-fé que passou a ser entendido como “ausência de pecado”. Cordeiro (2001, p. 153/154):

Este fenômeno, conjuntamente com a evolução ocorrida no seio do próprio *Corpus Iuris Canonici*, no tocante a *bona fides* prescricional, habilitaria à contraposição que segue. No Direito romano, a boa-fé apareceria com um conceito e um alcance substancialmente diferentes, consoante aplicada às obrigações ou à posse: nas primeiras opondo-se a *fraus* e *dolus*, traduziria as ideias de honestidade, fidelidade e conscienciosidade; na segunda, contracenando com a má fé, expressaria, apenas uma ignorância justificada. No Direito canônico, pelo contrário, teria ocorrido uma velha aspiração dos estudos da boa-fé: a sua unificação conceptual. Na linha dos valores próprios do Direito da Igreja, a boa fé dependeria sempre da consideração do pecado: na *praescriptio*, a *mala fides superveniens*, traduzindo uma situação de *scientia* na constância do direito alheio corporizaria um fator de *conscientia*, obstáculo ao seu funcionamento por isso foi alterado o brocardo romano *mala fides superveniens non nocet*. Nos *nuda pacta*, a ideia de pecado teria sido, também decisiva: o respeito pela palavra dada impõe-se sob pena de violação dos valores transcendentais. Em qualquer caso, a boa-fé canônica traduzira, perante determinadas situações, a ausência de pecado.

No período do direito canônico a boa-fé perdeu consideravelmente suas características objetivas, passando a exercer caráter mais subjetivo, ou seja, a Igreja era quem detinha o poder sendo assim, este instituto passou a ser interpretado como um estado de espírito, em outras palavras, a ausência do pecado.

A grande consequência disto é que a boa-fé não deteve uma definição clara e objetiva para este tempo. A boa-fé presente no direito canônico auxilia o agir correto, observando atentamente as regras impostas. Cordeiro de Menezes (2001, pg. 160/161):

Focadas as inovações traduzidas na boa-fé pelo Direito Canônico, há que chamar a atenção para outro aspecto, desapercibido na doutrina: a ocorrência de amputações e simplificações. Contrariando alguns autores, tentou acima demonstrar-se que a boa-fé não desempenhou, no Direito canônico, qualquer papel específico no domínio dos acordos meramente consensuais: tão pouco isso sucederia na área das obrigações imperfeitas.

Pode mesmo avançar-se que, no Direito canónico, exceptuando menções de tipo retórico, a boa-fé desapareceria, na prática, do Direito das obrigações, donde é originária. A razão, muito simples, foi, aliás, pronunciada pelo Direito romano vulgar: a decadência do processo bipartido clássico e a generalização da mensagem contida no *oportetexfidebonda* transformaram a referência, ressuscitada por *Iustinianus*, no *Corpus Iuris Civilis*, aos *bonaefideiudicia*, numa categoria vazia de qualquer conteúdo substancial. Ditado pela necessidade prática social cristã ao longo da História, o Direito canónico não podia ser sensibilizado nas obrigações, ligada aos *bonaefideiudicia*, caiu, discretamente, em esquecimento. Limitada à *praescriptio* e a utilizações similares, a boa fé subjectiva-se: por norma, ela aparece, nos textos jurídicos canónicos, definida ou indicada como estado da ciência ou de consciência individual. A subjectivação da boa fé mais fez acentuar a sua eticização e inversamente.

Na citação acima o autor reforça a ideia de que, nesta época o conceito puro de boa-fé objetiva não se manteve presente, sendo que, passa a exercer carácter puramente subjetivo. Ademais, assim como houve no Direito romano o Direito Canónico não conceituou a boa-fé de forma clara e didática.

No *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Alemão, a boa-fé sofre delimitações subjetivas e objetivas, foram indicadas pelas fórmulas *Treueund Glauben*, na atual linguagem *Treue* significava lealdade enquanto *Glauben* encontra respaldo em crença.

A expressão *Treue* tem sua origem semântica nos comportamentos legítimos que se espera de quem deve cumprir um contrato, agregado a valores éticos e a comportamentos de cavalheiros daquela época. *Glauben*, por sua vez, está unido a *fides* romana e canónica, pois junto ao seu conceito está a fé cristã, por isso, traz consigo o significado de crença. Sendo assim ambas as palavras, *Treue* como *Glauben* expressam a lealdade e confiança da palavra dada à luz daquela época. Cordeiro (2001, pg. 169/170):

Na sequência da evolução histórico-semântica da expressão, *TreueundGlauben* conheceria um alargamento representativo muito grande. Documenta-se o seu emprego como confiança e boa-fé, em sentido psicológico – subjetivo, como confiança e credibilidade e bitola de comportamento. Chegou-se assim, a uma utilização de tal forma generalizada e diversificada da boa fé germânica, que a determinação do seu conteúdo é, em abstracto, impossível. Apenas um contexto permite surpreender, caso a caso, o seu sentido.

Com estas definições acima citadas, a sociedade passou a valorizar os deveres de garantias, como o cumprimento exato das obrigações, conforme o pactuado e a lealdade. Mitigava-se assim o princípio da autonomia das vontades,

vedando comportamentos contrários e abusivos, ou seja, almejava-se a equidade entre as partes.

Esta evolução ocorreu relacionando-se juntamente com outro instituto Medieval, o juramento de honra. Pois ao “dar a palavra” o contratante deveria cumprir o pactuado, não era necessário um contrato escrito, com este instituto a boa-fé já se fazia presente. é o que diz Menezes de Cordeiro: “[...] a *boa-fé germânica assumira o conteúdo do juramento de honra, traduzido no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada*”.

A boa-fé com origens alemãs traz a ideia de que o a confiança depositada em determinada pessoa e conseqüentemente em grupos, em toda a sociedade tornou-se uma regra geral para todos os sujeitos de uma relação contratual.

Ademais, a boa-fé germânica tem suas raízes na *fides romana*, entretanto tornou-se tão magnânimo que é possível detectar sua presença até os dias atuais. A boa-fé no direito alemão adotou uma nova concepção de vida juntamente com todos os magistrados, tornando-se objeto para a função social e equidade, a partir daí este princípio foi adotado em quase todos os códigos europeus.

O desenvolvimento da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio, no Código Civil de 1916, abordou o tal assunto de forma geral, sendo mais aprofundado no Direito das Coisas.

Este vácuo legislativo foi suprido com o advento da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, que positivou a boa-fé em seu artigo 4º, III traçando os princípios básicos da política nacional de relações de consumo e, no artigo 51, IV, ao conceituar que são nulas de pleno direito as cláusulas que asseguram: “obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Posteriormente, com a adoção do Código Civil de 2002 a boa-fé objetiva passou a ter maior importância em nosso ordenamento jurídico, tanto é verdade que se apresentou como cláusula geral, assumindo ser um modelo de comportamento no Direito Brasileiro. Note-se que cláusulas gerais são técnicas legislativas que trazem junto de si, formulas genéricas e abertas da lei, a fim de

auxiliar os juízes em suas decisões, pois concedem-lhe maior liberdade de julgamento a cada caso concreto.

O atual Código Civil foi nobre ao estabelecer a boa-fé em relação às obrigações. No artigo 113 versou que, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. No art. 187, considerou que cometerá abuso de direito quem exercer os limites econômicos, social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. E para confirmar no artigo 422 estabeleceu que: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Tal princípio enfatiza a função social dos contratos e a equidade. Rosenvald (2005, pg. 86).

Adiante, como estabelecido no art. 422, as partes devem guardar, tanto das negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, com os interesses da outra parte – deveres anexos ou laterais -, o que propicia a realização positiva do fim contratual, na tutela aos bens e à pessoa da outra parte, estendendo-se às fases pré e pós contratual.

Ora, não apenas nas relações contratuais, mas sim em todas as áreas jurídicas, a boa-fé objetiva deve apresentar-se, pois nos dias atuais não há mais bloqueios para a sua aplicação, vez que trata-se de um princípio constitucional. Bussatta (2008, p. 70):

Com isso passa-se de um vácuo legislativo inicial para um incomparável instrumental posto à mão do operador do direito [...]. De fato, o legislador estabeleceu um arcabouço normativo que, se obtiver a devida atenção da doutrina e da jurisprudência, acarretará verdadeira transformação no Direito das Obrigações clássico, permitindo maior justiça, equilíbrio e equidade nas relações.

Com isso, pode-se concluir que, a boa-fé terá sua espécie de existência a todo ordenamento jurídico brasileiro inclusive cada vez mais usada e expandida no Código Civil.

4.1.2 Diferenciações Básicas Da Boa-Fé Objetiva E Subjetiva.

Do subcapítulo acima é exequível imaginar duas possibilidades de boa-fé, uma de caráter subjetivo, sendo esta ligada a um estado psicológico da pessoa e

a outra de caráter objetivo, entrelaçada a um dever de conduta como um exemplo a ser seguido por todos.

A boa-fé subjetiva possui sua semântica no direito canônico, tanto é que também pode ser denominada como boa-fé da crença, isto porque, se encontra interligado a elementos psicológicos internos do sujeito.

Sob esta perspectiva, há valorização da conduta do agente, pois este agiu na crença, entretanto este agir deve ser convicto de alguém que atua com os parâmetros do direito. O sujeito crê que sua conduta é correta. Este tipo de boa-fé considera os aspectos morais da pessoa. Bussatta (2008, pg. 71):

A primeira, chamada de boa-fé subjetiva, boa-fé crença, boa-fé psicológica, derivada do Direito Canônico, é utilizada especialmente no Direito das Coisas e se baseia e, dados internos, meramente psicológicos, referentes à ignorância de estar lesando direito alheio, o que significa dizer, o sujeito imagina que sua conduta esta pautada no direito. Daí se concluir que a boa-fé nada mais seria do que um estado de ignorância do sujeito; apenas um ser e não um dever.

Para a aplicabilidade da boa-fé subjetiva deve o intérprete do caso concreto, ou seja, o magistrado, relevar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima intenção. Incompatível com a boa-fé subjetiva esta a má-fé, que também atrai olhares subjetivos, pois aqui o propósito é lesionar outrem. Utilizando dos ensinamento de Antônio Manuel da Rocha e Menezes de Cordeiro (2001, pg. 515-516), verifica-se:

Perante uma boa-fé puramente fática, o juiz, na sua aplicação, terá de se pronunciar sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito. Trata-se de uma necessidade delicada, como todas aquelas que impliquem juízos de culpabilidade e, que, como sempre, requer a utilização de indícios externos. Porém, no binômio boa-má fé, o juiz tem, muitas vezes, de abdicar do elemento mais seguro para a determinação da própria conduta. [...] Na boa-fé psicológica, não há que se ajuizar da conduta: trata-se, apenas de decidir do conhecimento do sujeito. [...] O juiz só pode promanar, como qualquer pessoa, juízos em termos de normalidade. Fora a hipótese de haver um conhecimento directo da má-fé do sujeito – máxime por confissão – os indícios existentes apenas permitem constatar que, nas condições por ele representadas, uma pessoa, com o perfil do agente, se encontra, numa óptica de generalidade, em situação de ciência ou ignorância.

Diz-se que na boa-fé subjetiva, o sujeito está “em” ou “de” boa-fé, o que claramente é diversa da modalidade da má-fé. No que esta se refere, utiliza-se

a consagrada expressão de Rui Stoco (2002, p. 37) “a boa-fé constitui atributo natural do ser humano, sendo a má-fé o resultado de um desvio de personalidade”.

Quanto à boa-fé objetiva, é aquela que está relacionada à lealdade, honestidade e probidade com a qual a pessoa condiciona o seu comportamento. Aborda comportamentos éticos, a honra da palavra dada ou ao comportamento praticado, vislumbrando não fraudar ou abusar do comportamento alheio, principalmente nas relações negociais e contratuais.

Este princípio é caracterizado pelo dever de agir baseado na ética, reconhecido como sendo padrões de honestidade em toda a sociedade. Tem como base um padrão de conduta do homem médio, onde a norma de direito pode ser facilmente aplicado a ele. É a sinceridade que deve ser guia em todas as relações, sejam elas negociais ou não. Flavio Alves Martins (2000, p. 73):

A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificadamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido.

Trata-se então de uma norma onde não há um conteúdo rígido e fixado, pois dependerá de cada caso em tela. Cada pessoa deverá guardar fidelidade à palavra dada, jamais afrontar a confiança alheia, sob pena de contradizer todo o ordenamento jurídico.

Ademais, ressalte-se que no campo da boa-fé objetiva ao magistrado é direcionado muito mais poder, vez que este pode modificar as relações negociais para serem objetos de equidade entre as partes, sempre vislumbrando o caso concreto. Na lição de Clovis do Couto e Silva (1997, p. 42): O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora em que o juiz exerce atividade similar a do protetor romano, criando o “direito do caso”. O aspecto capital era para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionando com a vontade. [...]

Tratando-se ainda a possível modificação da relação contratual, a fim de buscar um equilíbrio contratual, julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na apelação n. 02332164320128190001 RJ 0233216-43.2012.8.19.0001, Relator: Desembargador Marcos Alcinio de Azevedo Torres.

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Plano de saúde. Recusa a internação pelo médico conveniado à seguradora. Impossibilidade. Aplicação da Súmula nº 211 desta Corte. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva da seguradora. Caráter emergencial do atendimento que se sobrepõe ao prazo de carência contratual. Dano moral caracterizado. Dever de indenizar. . O caso dos autos retrata nítida relação de consumo, em virtude da perfeita adequação aos conceitos de consumidor (art. 2º), fornecedor (art. 3º, caput) e serviço (art. 3º, § 2º), contidos na Lei 8.078/90. Com efeito, entre as normas e princípios que buscam proteger o consumidor e equilibrar a relação jurídica havida entre as partes, merece destaque aquele que afirma que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. . O princípio da boa-fé objetiva, que está ligado à interpretação dos contratos, ensina que o juiz deve analisar o negócio jurídico de forma global para verificar se, de alguma forma, deliberada ou não, uma das partes teve sua expectativa frustrada, pelo abuso da confiança por ela depositada. Ademais, convém ressaltar o entendimento sumulado deste Tribunal de Justiça no sentido de que "havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização" (Súmula nº 211). Ressalte-se que o segurado, na qualidade de consumidor, ostenta o status de parte presumidamente vulnerável face ao fornecedor, que possui um maior e evidente poder na relação havida entre as partes (art. 4º, I, CDC). Ou seja, há a necessidade de interpretar-se a situação existente privilegiando os princípios da função social e da boa-fé objetiva, da qual se extraem os chamados deveres anexos ou laterais de conduta, tais como os deveres de colaboração, fidúcia, respeito, honestidade e transparência, que devem estar presentes nas relações contratuais como a que ora se examina, com o intuito de reequilibrar-se a relação jurídica entre os ora litigantes; trata-se de buscar o equilíbrio (equivalência) e a justiça contratual. A recusa de autorização a determinado procedimento médico para o devido convalescimento de doença que acomete o segurado, acarreta-lhe inegável sofrimento e angústia, atenta contra a dignidade da pessoa humana, ou caso se prefira, a um direito fundamental da personalidade, gerando, assim, o dever de indenizar. Nesta parte, considerando os critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência e em observância aos princípios da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, entendo que o valor de R\$ 10.000,00 fixado pelo juízo sentenciante não se mostra exagerado ou desproporcional, devendo ser mantido. Desprovisionamento do recurso.

Neste caso, o desembargador, optou por manter a indenização no valor de R\$ 10.000,00 porque houve nítida violação de direito ao negar a um dos contratantes a realização do serviço pactuado, sendo assim o magistrado buscando um equilíbrio contratual bem como a justiça, manteve o valor do dano fixado pelo juízo de primeira instância. Esclarecida as duas vertentes da boa-fé, passa-se agora a função de reconhecer a boa-fé objetiva para a correta aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial.

Afirma-se que a boa-fé objetiva é exigência nas condutas dos contratantes, estando relacionada diretamente aos deveres anexos ou laterais da conduta, ademais tal determinação não precisa de previsão expressa no instrumento

negocial. Os principais deveres anexos, segundo Flávio Tartuce (2014, p. 582), são: “Dever de cuidado em relação à outra parte negocial; dever de respeito; dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração ou cooperação; dever de agir com honestidade; dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.”

Segundo o enunciado n. 24 da I Jornada de Direito Civil, a quebra destes deveres anexos gera inadimplemento, independente de culpa; “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo CC, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

Compreende-se que o Código Civil possuiu íntima relação com os deveres anexos, que foram construídos com bases doutrinárias, ademais o referido código também positiva três funções importantes para a boa-fé objetiva, sendo elas: função de interpretação (art. 113 do CC), controle (art. 187 do CC) e integração (art. 422 do CC).

A função interpretativa da boa-fé atinge tanto os questionamentos objetivos como os subjetivos. Interpretar conforme a questão subjetiva, concede o esclarecimento da vontade do agente; já as questões objetivas, concedem observar suas condutas conforme os padrões éticos exigidos. Esta função da boa-fé é utilizada para a interpretação da lei ou de contratos, sempre adequando as regras éticas. Mariana Pretel e Pretel (2009, p. 75).

Considera-se que através desta função, pode se determinar o sentido das estipulações contidas no negócio celebrado, permitindo-se até mesmo a sua reconstrução pelo julgador, que pode interferir conseqüentemente, nos direitos e deveres das partes envolvidas na relação jurídica obrigacional. Em outras palavras, o recurso interpretativo conforme a boa-fé é a forma pela qual o operador do direito preserva a finalidade econômica-social de toda e qualquer relação jurídica.

O art. 113 do Código Civil, ao versar que, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e o uso do lugar de sua celebração” dá ênfase a função interpretativa. Consta-se que o juiz não permitirá, em nenhuma hipótese, que a lei ou o contrato obtenha finalidade oposta do que seria justo almejar, devendo analisar cada caso concreto. Rosenthal, (2005, p.90).

A cláusula geral da boa-fé é cogente e a sua abertura e mobilidade remetem ao magistrado a um espectro amplo, pelo qual se poderá restringir a conceder o vetor hermenêutico ao caso, como também lhe será faculdade estender a operação a ponto de integrar o negócio jurídico por deveres anexos (art. 422 CC) ou limitar o exercício de direitos subjetivos (art. 187 do CC).

E prossegue (2005, p. 91):

A boa-fé seria aqui um segundo critério objetivo à procura do desígnio comum dos contratantes, mediante o preenchimento das declarações imprecisas ou lacunosas, momento no qual o intérprete definiria uma normativa de comportamento leal, conforme a diligência ordinária para aquele tipo de contrato, de acordo com o padrão social das partes envolvidas.

Percebe-se então que a boa-fé é legitimada como um meio de suplementar as decisões do aplicador do direito, no momento de sua interpretação, favorecendo o sujeito que esteja de boa-fé. Conclui-se que os negócios jurídicos devem ser interpretados juntamente com a ética, não sendo esta “algo” abstrato, mas, circunstanciais do comportamento humano e da hermenêutica jurídica.

A segunda função, designada a boa-fé é a função integrativa. Integrar significa: completar, inteirar, integralizar etc. Decorre da inabilidade das partes exteriorizarem suas vontades, para contemplar tudo o que exatamente ansiavam em seu ânimo, ou seja, a função integrativa suprirá essas lacunas.

Toda relação jurídica possui direitos e deveres, sendo que estes podem ser denominados como primários ou secundários. Os deveres primários são aqueles pactuados no momento da negociação, já os secundários decorrem independentemente da vontade dos sujeitos contratuais. Portanto, a boa-fé, ao atuar como fonte de direito, de forma a integra-lo, adequa a norma jurídica para cada caso concreto, portanto, autoriza a criação destes direitos e deveres secundários. No mesmo sentido, Nelson Rosenvald, (2005, p.92), “a boa-fé é a mais imediata expressão da confiança, verdadeiro alicerce da convivência social. Apresenta-se de modo multifuncional e, especificadamente, como norma de conduta”.

Ao analisar os deveres anexos, percebe-se que estes, são para uma melhor proteção aos integrantes de uma relação jurídica. Sendo consideradas condutas éticas e harmônicas. Pretel e Pretel (2009, p. 78):

Os deveres secundários ou anexos de prestação autônoma se caracterizam como verdadeiros deveres de conduta, cooperação ou de proteção,

dirigidos a ambos os integrantes da relação jurídica. Referem-se ao exato processamento da relação jurídica, com a conseqüente satisfação dos interesses globais envolvidos. Sempre é considerada uma conduta ética e harmônica, de acordo com as circunstâncias concretas da situação. São os deveres de lealdade, cooperação e colaboração, informação (aviso e esclarecimento), previdência e segurança, prestação de contas, proteção e cuidado, entre outros.

Ademais, o descumprimento de uma dessas obrigações; geram o dever de indenizar, tanto por danos materiais ou morais, quer tenha havido a presença de dolo ou não. Para Nelson Rosenvald (2005, p. 103), os deveres anexos obtêm o encargo de evitar comportamentos desonestos.

Entendemos que todos os deveres de conduta exercitam uma finalidade negativa, visto que, em última instância, funcionam como uma espécie de “blindagem” que tenciona evitar a adoção de comportamentos desonestos ou interesses injustificados que possam atingir o correto processamento da relação obrigacional. A função negativa dos deveres de conduta, porém, é meio para se atingir a sua função positiva, qual seja, conduzir o “veículo blindado” ao seu destino [...]

Desta forma, analisaram-se alguns dos deveres anexos, que devem estar atribuídos em todas relações obrigacionais, sendo eles:

Dever de lealdade, sendo que este, como estudado em tópicos anteriores é o fundamento da boa-fé objetiva. Pois, em uma relação jurídica, seja ela contratual ou não, é esperada essa lealdade da parte, assim como a ética e a honestidade, pois não se deve desejar causar algum dano a parte contrária, sejam eles intencionais ou não. Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães (2005, p. 94):

Uma parte não deve agir de forma a causar um prejuízo imotivado à outra parte. [...] Esse dever acessório da lealdade obriga as partes a evitar a adoção de condutas que possam tornar inútil à contraparte a prestação ou ainda torna-la menos valiosa.

Mesmo na presença de interesses contraditórios, o dever de lealdade deve ser respeitado, pois na “relação contratual os contratantes assumirão a postura de parceiros”. Nelson Rosenvald (2005, p. 94-95):

Como legado dos códigos oitocentistas, acreditava-se que os contratos envolveriam interesses divergentes, pois uma ordem de cooperação só existiria no âmbito de uma liberdade (v. g., doação). A visão solidária da relação obrigacional, porém, demonstra que os contratantes assumirão a postura de parceiros e não simplesmente de pólos opostos em um vínculo

negocial. Não há qualquer ingenuidade em supor uma *affectiocontractus*, pois a existência de interesses opostos não impede que cada parte respeite um mínimo ético e indispensável de lealdade e cuidado para com o outro. Aliás, essa postura cooperativa permitirá que se alcance um ponto de equilíbrio no qual a relação logre êxito pelo adimplemento, [...], sem esquecer o cumprimento da função social externa da relação perante a coletividade.

Destaca-se que não é apenas nas relações obrigacionais que a boa-fé permite a criação de deveres anexos, portanto independentemente da relação jurídica em questão, deve a lealdade ser integrada e respeitada.

Outra obrigação anexa, criada pela função de integratividade da boa-fé objetiva, é o dever de cooperação ou colaboração. Cooperar significa trabalhar em comum, ou seja, atingir o mesmo objetivo. Nos dizeres de Mariana Pretel Pretel (2009, p. 81):

O dever de cooperação é aquele que exige das partes certas condutas necessárias para que a relação jurídica atinja o seu fim, ainda que esta conduta beneficie apenas o contraparte. Por exemplo, um litigante tem o dever de apresentar os documentos que possui (salvo as escusas legais), ou seja, deve colaborar com a satisfação dos litígios (sendo que, se não o fizer, ser-lhe-ão impostas sanções).

Por este dever as partes devem colaborar para a solução do litígio, de forma clara e precisa, não importando quem será o beneficiado e, sim que a demanda seja resolvida buscando a melhor justiça para todos.

Banda outra, há também o dever de informação ou de esclarecimento como obrigações acessórias. Sendo que este possui atribuições no sentido de informar; dessa forma, as partes devem conceder informações indispensáveis ao processo. Menezes de Cordeiro (2001, p. 605):

O dever acessório de esclarecimento torna obrigatória às partes a prestação de todas as informações relevantes atinentes ao contrato, notadamente com relação às ocorrências correlatas, o objeto do contrato e respectiva execução, bem como dos efeitos possivelmente advindos desta.

Perceba que, ambas as partes devem informar o que necessário for para uma melhor resolução do litígio, ademais, é válido ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor, diploma anterior ao Código Civil de 2002, já versava sobre o dever de informar, sendo este um de seus princípios fundamentais.

O dever de prestação de contas, também é inserido como obrigações acessórias decorrentes da boa-fé objetiva. Este refere-se à proteção dos direitos e seguranças de outrem. Mariana Pretel e Pretel (2009, p. 83):

O dever de segurança se refere aos cuidados com os bens e direitos do outro contratante em situações que possam oferecer perigo. Exemplo típico, numa relação contratual, é o dever do empregador de fornecimento de equipamentos de segurança aos seus funcionários. Também pode ser mencionado o dever de um estabelecimento comercial de guardar os carros com segurança, na hipótese de vir a conferir um estacionamento.

E por fim, a última obrigação em anexo é o dever de prestação de contas. Este incumbe às partes de um litígio, a imposição de prestar conta à ciência da parte adversa; não sendo necessário ajuizar demanda de Prestação de Contas, pois trata-se de um dever anexo, não devendo ser confundida a ação própria com este dever acessório.

Regressando às funções da boa-fé objetiva, inclui-se também a função controladora, como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. Controlar também pode ser compreendido como fiscalizar, delimitar.

A boa-fé neste aspecto versa para que não haja a violação da lealdade e eticidade, serve para atingir a função social que lhe é designada, devendo as partes agirem sempre de maneira coerente.

Esta função está claramente prevista no artigo 187 do Código Civil, quando enuncia: “Também comete ato ilícito de um direito que ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Deste artigo de lei, percebe-se que a boa-fé e os bons costumes determinam limites para a aplicação correta do direito. Menezes de Cordeiro (2001, p. 611):

O Código Civil fere, [...] determinados actos como abusivos. Prevê, para tanto, o titular que exceda manifestamente, no exercício do direito, limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo seu fim social ou econômico. O elemento literal exprime um âmbito unificado por parte da previsão – o exercício do direito e o seu excesso manifesto perante certos limites – por uma qualificação, em epígrafe – o abuso – e pela estatuição – a ilegitimidade ou, melhor dizendo, a proibição; reparte-o, porém, por três áreas atinentes à previsão: em causa ficam limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico dos direitos. Do enunciado, por dedução, retira-se que a boa-fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos. Do enunciado, por dedução, retira-se que a boa-fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um

fim social e econômico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar, o seu exercício.

Pode-se concluir que, um dos limites para controle do direito, não abrindo espaço a má-fé; é a boa-fé, sendo que esta também pode agir como fonte de indenização caso haja alguma violação gerando algum tipo de dano.

4.1.3 A Função Da Boa-Fé Objetiva Para A Aplicabilidade Da Teoria Do Adimplemento Substancial

Como visto anteriormente, a Teoria do Adimplemento Substancial é uma limitação ao artigo 475 do Código Civil em que permite ao credor resolver o contrato, quando o devedor tornar-se inadimplente, entretanto, somente encontrará fundamento para a sua aplicabilidade quando o incumprimento não atingir a utilidade e a função social do contrato, lembrando que, o adimplemento deve estar muito próximo do fim.

Embora o artigo 475 do atual Código Civil, permita que o credor busque a resolução do contrato, quando houver inadimplência, ele não especifica qual a espécie de inadimplência apta para que se autorize esse rompimento. Esta disposição dá a entender que, qualquer tipo de inadimplência pode ser resolvida com base neste artigo.

Entretanto, a resolução é considerada medida extrema, somente justificando a sua imposição se ocorrer a perda da função social do contrato, se esta característica não estiver presente, não há em que se falar em extinção contratual, se uma das partes desejar aplicar este instituto esta relação fica desequilibrada, abrindo espaço para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, que encontra fundamentos de aplicação na boa-fé objetiva. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 87/88):

É patente, então, que, havendo inadimplemento de escassa importância, de pequena gravidade, insignificante, a resolução será uma resposta manifestamente desproporcional, desequilibrada e, por que não dizer, injusta e contrária à finalidade econômica do contrato, de forma que fica vedada pela boa-fé objetiva. Assim, não resta dúvida de que a teoria do adimplemento substancial, que contém em si, em última análise, a vedação do uso desequilibrado do direito de resolução, encontra fundamento de aplicação na boa-fé objetiva, especialmente na sua função limitativa do exercício das posições jurídicas. Funciona, dessa forma, a teoria em foco como uma ruptura ética jurídica do direito legal de resolução na medida em

que, da interpretação isolada do art. 475 do Código Civil, bem como das demais regras legais que positivam o direito à resolução do contrato ante o inadimplemento, não se pode deduzir a exigência criada pela boa-fé da gravidade do descumprimento.

Ademais, os entendimentos jurisprudenciais, já decidiram conforme o estudado, ou seja, contra o descumprimento insignificante. Conforme a ementa a seguir, o superior Tribunal de Justiça, na apelação n. 1.0439.13.005384-6/001, decidiu por manter um contrato onde a agência bancária tentava resolver o contrato com base na mora da última prestação:

A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direto e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se com uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito fica depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte media de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato.

No julgado acima o Tribunal optou por manter o contrato. Ressalte-se que um dos fundamentos adotados foi a Convenção de Viena de 1980, nesta decisão fica evidente que o Tribunal cogitou o desequilíbrio desta relação, pois o autor pretendia a resolução quando apenas a última parcela estava em atraso.

É fato que o Conselho de Justiça Federal, possui o mesmo entendimento em relação a extinção do contrato quando a natureza não for grave o suficiente, tanto é verdade que durante a IV Jornada de Direito Civil, editou os enunciados 361 e 371, versando: “O adimplemento Substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando o aplicação do art. 475” e; “A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva”, respectivamente.

Portanto, ao alegar a Teoria do Adimplemento Substancial deve-se atentar que a boa-fé objetiva é requisito fundamental, pois somente esta conseguirá esclarecer ao magistrado, diante do caso concreto, se haverá ou não abuso de

direito, assim como desequilíbrios contratuais, por isso, a teoria em estudo apenas encontra existência se respaldada integralmente na boa-fé.

4.2. Funções Da Teoria Do Adimplemento Substancial e Critério Para a Valoração Da Gravidade

Após discorrer sobre a evolução história e considerações iniciais, os princípios informativos do adimplemento bem como seus princípios; sobre as espécies de inadimplemento, Adimplemento Substancial no Direito estrangeiro, as considerações necessárias sobre o instituto da boa-fé, é chegado o momento de dissertar sobre o real conteúdo da Teoria do Adimplemento Substancial, mencionando quando é aplicável e seus principais efeitos.

Trata-se dos principais pontos deste trabalho, buscando um conteúdo para a teoria em foco, adequando-a ao direito pátrio, atendendo a carência aqui existente ao tratar do adimplemento substancial.

A primeira abordagem é no tocante à resolução sendo este instituto uma faculdade do credor, como explicar o cabimento da teoria em estudo?

Quando uma das partes está legalmente obrigada a cumprir algo que pactuou em um contrato, caso não o faça, a resolução é um recurso jurídico à disposição do credor para que este busque a dissolução resolvendo assim o seu problema. A função básica é proteger o objeto principal da obrigação. Caso uma das partes não cumpra o que foi pactuado no contrato, abalada ficará a relação.

Quando há inadimplência, ocorre o primeiro motivo para a resolução contratual. Se o contrato foi exatamente cumprido como nos termos negociadas, nada há de se falar em resolução, pois nada justifica o desfazimento do vínculo, este chegou ao fim, com toda a missão cumprida. Para que se tenha a resolução é necessário o descumprimento ou o cumprimento de maneira insatisfatória, entretanto, apesar deste instituto corresponder ao não cumprimento da obrigação, ele pode assumir várias características, ou seja, várias espécies de incumprimento contratual.

O art. 475 do Código Civil, em sua primeira parte, versa que o sujeito lesado pelo inadimplemento pode pedir a resolução, “se não preferir exigir-lhe o cumprimento”. Aqui claramente é perceptível a faculdade do credor de extinguir ou não a resolução contratual, há duas opções, portanto é um autêntico direito lhe conferido. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 95):

Dessa forma, o legislador do novo diploma substantivo foi muito claro ao conferir tal faculdade ao credor, de maneira que, havendo inadimplemento relativo (mora), poderá o credor escolher: ou mantém o vínculo contratual, exigindo o cumprimento da prestação e mais as perdas e danos, ou, se preferir, busca a resolução, extinguindo o vínculo e recebendo as perdas e danos que o caso importar.

Entretanto, apesar dessa faculdade, a teoria do adimplemento substancial serve para limitar este exercício, vez que a ausência de limites pode levar a sérios casos de injustiças, como nos casos que o adimplemento total quase aparece por inteiro; nestes casos há a figura de uma das partes que já retirou quase que total proveito do que se desejava, quando do pactuado.

Verifica-se então que a Teoria em foco serve para limitar a faculdade do credor de resolver o contrato, mesmo que este traga em seu corpo, cláusulas acerca da extinção impedindo que este seja encerrado se o inadimplemento não oferecer uma gravidade para abalar a relação contratual, bem como a utilização do contrato não cumprido como meio de defesa.

Um contrato é realizado para que interesses de pessoas sejam realizados, além de fazer com que bens e riquezas entrem em circulação. Pode-se afirmar que todos os contratos são bilaterais, porque, pressupõe bilateralidade de vontade. Entretanto ao classificar um contrato como bilateral, diz-se que há prestações recíprocas de deveres e direitos enquanto nos unilaterais não há essa reciprocidade de prestações, apenas uma das partes ficam com este encargo.

Quando um dos sujeitos contratuais não cumpre com a sua parte em uma relação contratual, parece lógico desatar este vínculo, com isto, anula-se a eficácia para que o contrato fora pactuado. Eduardo Luiz Bussata (2008, p. 98):

Nessa medida, é certo que o descumprimento da prestação prometida pela parte contrária retira o interesse existente no contrato, já que o móvel da contratação restou frustrado por esse evento extrínseco e superveniente ao contrato.

Isto é a resolução, o desatar deste vínculo jurídico por causa do inadimplemento, retirando do pactuado toda a eficácia, desfazendo este vínculo volta ao estado anterior da desavença, liberando assim os contratantes.

Pode-se afirmar também que, por se tratar de uma faculdade o direito de resolução do contrato não é obrigatório e muito menos a exclusiva opção do credor. A parte lesada pelo inadimplemento também pode optar por exigir a obrigação do sujeito faltoso, que este cumpra o que foi negociado, mais perdas e danos bem como, pode também, exigir o equivalente da prestação mais perdas e danos, caso o objeto venha a ser tornar inútil ao credor. Eduardo Luiz Bussatta (2008 p. 99):

Só se pode pensar na resolução o contrato quando o descumprimento é sério, lesivo aos interesses da parte não inadimplente. Tal descumprimento deve retirar o sinalagma funcional do contrato, afastando sua função econômica-social. contrariamente, fica vedado o exercício do direito potestativo à resolução quando o inadimplente possui escassa importância. E aí é que entra em cena a teoria do adimplemento substancial ou do inadimplemento de escassa importância, exercendo justamente a função de vedação ao exercício de tal direito.

Quando se tenta resolver um contrato, devido a uma lesão pequena, ou seja, de forma injustificável fere o princípio da boa-fé objetiva como anteriormente explicado. Portanto, caberá ao magistrado, diante do caso concreto, decidir se caberá ou não a resolução. Se decidido que a lesão sofrida não é grave, o contrato deverá ser mantido, podendo o credor exigir o cumprimento da obrigação e as perdas e danos que lhe couber.

Verifica-se, portanto que, o adimplemento substancial, além de preservar a função social do contrato equilibrando a relação quando uma das partes somente puder pagar sob outras circunstâncias; possui também a função de limitar o exercício de direito de resolução. Impede assim, que pequenos descumprimentos sejam usados como fundamentos para o desfazimento do vínculo contratual, vez que, a teoria em estudo permite que a inadimplência de pequena importância seja usada para continuidade do contrato, entretanto não retira o dever de responsabilidade do inadimplente.

Aborda-se a teoria em foco sobre a dogmática de cláusulas resolutivas, expressa ou contratual, como o adimplemento substancial ficaria nestes casos.

Nestas hipóteses, as partes, durante a negociação, detalhadamente dispuseram sobre o término do contrato caso houver inexecução.

Deste modo, durante a fase de negociação os sujeitos devem atentar-se para os requisitos de validade do negócio jurídico, que devem estar presentes, pois sem eles a relação é nula, ou seja, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, agente capaz e de forma prescrita ou não defesa em lei necessariamente devem ser observados. Ademais os contratantes também criam dispositivos que serão usados durante toda a vigência do contrato, bem como, para os casos de incumprimento, podendo classificar uma obrigação acessória como principal, medida esta que foi valorada pelas próprias partes.

Por possuir uma cláusula resolutiva, opera-se de pleno direito, em outras palavras, a resolução ocorrerá de forma justa, conforme os ditames do art. 474 do Código Civil, fazendo-se necessária apenas breve notificação ao credor, parecendo que o magistrado não teria vez ao optar sobre a valoração da gravidade descumprida, entretanto, este não é a melhor interpretação. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 102):

Não há dúvida de que os contratantes devem guardar, na contratação e na execução do contrato, a boa-fé objetiva. Também não há dúvida de que, de acordo com a redação do art. 422 do Código Civil, a boa-fé objetiva é norma de ordem pública, portanto inderrogável pela vontade das partes. Assim, tendo a teoria do adimplemento substancial como fundamento a boa-fé objetiva, ou seja, dela decorre é certo que as partes não podem estabelecer cláusula que a contrarie, sob pena de ser considerada abusiva. De nada adiantaria o legislador impor a boa-fé objetiva a toda e qualquer contratação se fosse admitido às partes estabelecer cláusulas que indiretamente afastassem a sua aplicação.

Caso a inadimplência se faça presente, o contrato estará resolvido, a *priori*, porém caso a cláusula resolutiva seja contra os ditames da boa-fé, esta será nula ou ineficaz, por isso, a valoração da gravidade descumprida, cabe também ao Poder Judiciário.

Ressalte-se, portanto que, em um primeiro momento os contratantes deliberaram o que seriam ou não de gravidade para eles, a fim de extinguir o contrato, porém, o magistrado poderá valorar a obrigação, apenas quando esta cláusula contraria a boa-fé objetiva.

O adimplemento Substancial também é debatido no tocante à exceção do contrato não cumprido, ou ainda a, *exceptio non adimpleti contractus*. Este

instituto assevera alegações em torno de que, um sujeito não estaria obrigado a cumprir a sua parte, porque o outro contratante ainda não cumpriu o pactuado entre eles.

O art. 476 do Código Civil dispõe que: “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Este dispositivo garante a uma das partes a não cumprir a sua obrigação se a outra parte ainda não cumpriu a dela, principalmente se já devesse ter realizado sua obrigação.

Ademais, há a *exception non rite adimpleti contractus*, aplica-se este instituto às hipóteses de adimplemento parcial, neste caso há o cumprimento, entretanto contrário ao princípio da integridade. Washington de Barros Monteiro (2003, p.80):

Doutrinariamente, assim se diferenciam as duas exceções: a primeira [*exceptio non adimpleti contractus*] pressupõe completa e absoluta inexecução do contrato, enquanto a segunda [*exceptio non rite adimpleti contractus*] tem como pressuposto a execução insuficiente, defeituosa, diferente ou incompleta.

Ambas possuem o mesmo fundamento: impedir que uma das partes beneficiem-se com o próprio inadimplemento, todavia, a teoria do adimplemento substancial deve ser aplicada quando houver execuções incompletas, ou seja, quando estiverem presentes as *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Justificará a exceção do contrato não cumprido, quando usado o critério de proporcionalidade e concluir-se que feriu a função econômico-social do contrato. O inadimplemento de escassa importância não pode ser motivo para que a outra parte não cumpra a sua parte no combinado.

A teoria em estudo deve ser aplicada nas hipóteses de *exceptio non rite adimpleti contractus*, valorizando a gravidade do dever descumprido, somente permitindo a resolução contratual quando esta for considerada grave para a economia e função social do contrato.

Em todo momento, para a aplicação correta da teoria do adimplemento substancial, fala-se sobre a valoração da gravidade do dever descumprido. Quando se levanta questões como a ampliação do dano ou a intensidade deste fará com que receba a nomenclatura, ou não, de “escassa importância” para que a Teoria em estudo tenha plena aplicabilidade.

É fato que para valorizar o inadimplemento, este deve ser realizado juntamente com o princípio da boa-fé, bem como, o magistrado deve considerar as atitudes de cada uma das partes, levando em conta o caso concreto. Lucas Gaspar de Oliveira Martins (2011, p. 93-94):

É importante delinear exatamente os critérios para se levar em conta a gravidade do descumprimento, uma vez que se trata de expressão de conteúdo vago e impreciso, que merece atenção especial. Sem esta questão corretamente delineada não se pode averiguar a substancialidade do adimplemento ou, contrariamente, a insignificância do inadimplemento, motivo pelo qual se entende fundamental levantar todas as características do caso concreto, isto é, a situação de fato ocorrida, os interesses e a conduta das partes, assim como todas as demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes.

Cada contrato possui características únicas, com finalidades diferentes, devendo assim, serem observados atentamente e detalhadamente. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 107):

Para valorar a gravidade do inadimplemento, deve o intérprete valer-se de uma observação própria do pós-positivismo, o que importa dizer, deixando de lado o modelo lógico-dedutível, dada a sua falibilidade, atentando às circunstâncias concretas, uma vez que o direito existe concretamente e não de forma virtual. Destaca-se o uso da tópica, em que se procede à verificação das circunstâncias relevantes do caso específico, ponderando em que medida o descumprimento abala os interesses envolvidos no contrato, a fim de decidir, a partir de então, qual a solução justa para o referido caso.

O adimplemento substancial busca um equilíbrio contratual e, para alcançar este equilíbrio o ponto principal que se observado é o interesse das partes em receber de forma diversa, além de um programa contratual como um todo.

Como mencionado, o ordenamento jurídico italiano é um dos que mais debate a valoração da gravidade do dever descumprido, devido o seu artigo 1.455 do *Código Civile*, afastar os critérios puramente subjetivos, por lógica, adotando um critério objetivo, considerando a função econômica e social do contrato. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 109):

O critério a ser utilizado deve ter em conta a economia do contrato, a globalidade da relação existente e o desequilíbrio ocasionado pelo descumprimento, deixando de lado qualquer valoração subjetiva que o contratante possa fazer do seu interesse. Trata-se de critério objetivo, adotado majoritariamente pela doutrina italiana.

Prosseguindo ainda, o nobre autor; (2008, p. 110):

Essa valoração tem sido efetuada pelo Superior Tribunal de Justiça. Ao entender que não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem. Na hipótese, o valor inadimplido correspondia a menos de 20% do valor devido. Também, em outra oportunidade, decidiu que o cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza ao credor lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. Ainda, já se entendeu que a seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, hipótese em que se verifica o adimplemento substancial do contrato.

Verifica-se, portanto, que este é o caminho a ser seguido, quando se cumpre a maior parte da obrigação, não pode o outro contratante tentar resolver a obrigação, estaria agindo contrário à boa-fé, os Tribunais devem agir favoravelmente com quem alegue o adimplemento substancial nestes casos, sendo que também estarão aptos a afastar a aplicabilidade da teoria quando o inadimplemento não for de escassa importância.

A teoria em estudo também é aplicada nos casos em que a obrigação principal foi totalmente cumprida, entretanto há a inadimplência de algum dever acessório, assim deve-se indagar ao credor sobre seu real interesse. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 114):

Trazendo essa noção de causa à avaliação da significância do inadimplemento, pode-se afirmar que haverá inadimplemento de escassa importância quando, não obstante a lesão ao direito do credor, o contrato mantém a sua função econômico-social, o que significa dizer, o resultado prático perseguido pelas partes, em que pese o inadimplemento ocorrido, efetivamente se realiza. Ao contrário. O inadimplemento será considerado substancial ou de importância quando o fim prático previsto no tipo contratual e buscado pelo agente não for alcançado, de forma que a prestação realizada não conserva a sua utilidade para o credor.

Quando o contrato efetivamente cumpre a sua função econômica social, transmitindo o objeto pactuado, e mesmo assim, existe uma pequena inadimplência, restará ao credor a execução pacífica, não admitindo a resolução. Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 114) apud Gioglio Collura (1992, p.18):

De tais normas se deduz que o critério mais adequado para medir a gravidade do inadimplemento é aquele que tem em conta a utilidade da prestação para a parte contrária, no sentido que a prestação parcial ou tardia não apresente para esta alguma utilidade e tal critério, ditado pela lei,

para determinar a não rara importância do inadimplemento relativamente a contratos singulares, a par do mesmo adotado pelos juízes, que também eles venham chamar para medir a gravidade do inadimplemento, fora dos casos em que essa é preliminarmente determinada “ex lege”, ou seja na grande maioria dos casos.³

A relação jurídica contratual existe para fazer cumprir uma necessidade dos contratantes, pode-se afirmar que, haverá inadimplemento de escassa importância quando este, mesmo que com algum defeito, satisfaça o alguma das partes, cumprindo o seu objetivo.

De modo contrario, quando o inadimplemento for grave para impedir a satisfação do credor, ou de qualquer das partes, então não será considerado de escassa importância, ou ainda quando, impedir a finalidade principal, prática, central, do contrato.

Portanto, o juiz, ao valorar algo como de escassa importância ou não, deverá observar todo o programa contratual, os efeitos do incumprimento, bem como a presença em todos os momentos, da boa-fé objetiva. Lucas Gaspar de Oliveira Martins, (2011, p. 97):

Dessa forma, pode-se dizer que na valoração do inadimplemento o juiz, em última análise, deverá levar em consideração as circunstancias relevantes do caso, sobretudo os efeitos do incumprimento para o equilíbrio sinalagmatico do contrato, a natureza da obrigação e o comportamento das partes. Nessas hipóteses, verifica-se necessariamente se o contrato foi executado segunda a boa-fé objetiva, se o devedor tomou alguma providência para reduzir o período de duração do inadimplemento, além da natureza e qualificação do contrato.

Conclui-se então, que para esta valoração será analisado o dano causado à economia do contrato, assim como a gravidade do incumprimento bem como o prejuízo causado a parte lesada.

³ No original que se segue: “De talinorme si deduceche ‘il critério piùadeguato per misurarela gravità dell’inadempimento è quello che tiene conto dela utilità dela prestazione per la controparte, nel senso che la prestazione parziale o tardiva non presente per questa alcuna utilità e tale critério, dettato dala legge, per determinar ela non scarza importanza dell’ inadimpimento relativamente a singolicontratti, appare il medesimo adoperato dai giudici, quad’anche essi vengano chiamati a misturar ela gravita dell’inadimpimento, fuori dai casi dove essa à preliminarmente determinata ex lege, ovveronella grande maggioranza dei casi”

4.3 Teoria Do Adimplemento Substancial Nos Contratos Com Relevante Procedência

Verificados os institutos necessários para a configuração do Adimplemento Substancial é chegado o momento de estudar a aplicação deste instituto em algumas espécies de contratos em casos concretos.

Conforme demonstrado nos estudos anteriores, visualizou-se que esta teoria não possui respaldo na legislação atual, todavia, os Tribunais têm emitido decisões em consonância com o adimplemento substancial em conformidade com a doutrina; são preenchidos requisitos como: princípio da boa-fé, função social do contrato, vedação do abuso do direito e enriquecimento sem causa.

É fato que, a presente teoria, em nenhum momento visa proteger o mau pagador, ela objetiva um equilíbrio contratual, em outras palavras, manter a relação contratual quando o adimplemento total esta muito próximo, porém, por algum motivo, há um pequeno inadimplemento, é fato que esta almeja uma equidade para ambos os contratantes.

Neste capítulo, estudar-se-á o adimplemento substancial aplicado em algumas espécies de contratos, sendo eles: seguro, alienação fiduciária e arrendamento mercantil; vislumbrando-se a aplicabilidade e os efeitos desta teoria em cada caso concreto.

4.3.1 Seguro

A primeira espécie de contrato a ser analisada serão os de seguros, os quais são muito comuns no dia a dia de qualquer pessoa. Atente-se também que trata-se aqui de uma relação consumerista onde o Adimplemento Substancial também teve pleno aceitamento.

Essa modalidade de contrato é definida pelo Código Civil em seu artigo 757 *caput*, que estabelece: “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

Em outras palavras, o seguro é uma forma de garantia prestada a quem quiser aderir, para que, em casos inesperados possam se proteger. Transporta-se o risco de um sujeito para outro, do segurado para o segurador. Renata Atayde Settilnoue (2003, p. 22):

O seguro se materializa com a realização de um contrato de seguro que é um negócio jurídico isolado e autônomo entre segurador e segurado, em que uma das partes (o segurador) se obriga para com a outra (o segurado), mediante o pagamento de uma parcela fixa convencional (o prêmio), a indeniza-la de um prejuízo sofrido (o sinistro) resultante de um evento futuro, possível e incerto (o risco), indicados no contrato.

Ante tal definição, é possível perceber que o adimplemento substancial pode ser alegado, pois, caso seja necessário, buscará um equilíbrio contratual, passamos então análise de casos práticos.

Foi o caso da apelação Cível n. 20120310152769 DF 0014914-74.2012.8.07.0003, Relatora, Gislene Pinheiro da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

REPARAÇÃO DE DANOS - CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL - ATRASO NO PAGAMENTO DA ÚLTIMA PARCELA DO PRÊMIO SECURITÁRIO - CANCELAMENTO UNILATERAL POR MORA NO PAGAMENTO DO PRÊMIO - CLÁUSULA NULA - NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR EM MORA - OCORRÊNCIA DE SINISTRO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL - DANO MORAL - NÃO OCORRÊNCIA - DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - CORREÇÃO MONETÁRIA - MOMENTO DE INCIDÊNCIA - RECUSA ADMINISTRATIVA 1. O MERO ATRASO NO PAGAMENTO DA ÚLTIMA PARCELA DO SEGURO NÃO ENSEJA A RESCISÃO CONTRATUAL AUTOMÁTICA, UMA VEZ QUE É IMPRESCINDÍVEL A PRÉVIA CONSTITUIÇÃO EM MORA DO SEGURADO POR MEIO DE INTERPELAÇÃO. 2. O PAGAMENTO DE QUANTIA EXPRESSIVA DO PRÊMIO DÁ AZO A ATRAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 3. A NEGATIVA DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA IMPORTA EM MERO DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO, NÃO SENDO SUFICIENTE A ENSEJAR A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. 3. A CORREÇÃO MONETÁRIA DEVE INCIDIR A PARTIR DA DATA DO INADIMPLENTO CONTRATUAL, EM QUE A SEGURADORA RECUSOU O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO.

No caso acima observado, o adimplemento substancial foi devidamente aplicado já que havia uma quantia expressiva já paga, tanto é que, apenas uma única parcela estava em atraso, não sendo motivo para aplicar o instituto da resolução contratual, extinguindo-o. A teoria em estudo foi devidamente aplicada, pois buscou-se um equilíbrio do contrato, não ferindo a sua economia.

Outro parecer judicial foi proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Resp. 877965/SP, recurso especial n. 2006/0180355-9, ministro relator Luis Felipe Salomão, T4, quarta turma, julgado no dia 22/11/2011.

DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PLANO DE PECÚLIO POR MORTE. NATUREZA DO CONTRATO. SEGURO DE VIDA. SEMELHANÇA. MORA DO CONTRATANTE. CANCELAMENTO AUTOMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERPELAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA FIRME DA SEGUNDA SEÇÃO. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE. TENTATIVA DE PURGAÇÃO DA MORA ANTES DO FATO GERADOR (SINISTRO). RECUSA DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA. CONDUTA DO CONSUMIDOR PAUTADA NA BOA-FÉ. RELEVÂNCIA. PAGAMENTO DEVIDO. 1. O contrato de previdência privada com plano de pecúlio por morte se assemelha ao seguro de vida, podendo também as normas aplicáveis às sociedades seguradoras estender-se, no que couber, às entidades abertas de previdência privada (art. 73, LC n. 109/2001). 2. Portanto, à pretensão de recebimento de pecúlio devido por morte, aplica-se a jurisprudência da Segunda Seção relativa a contratos de seguro, segundo a qual "o mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação" (REsp 316.552/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 9/10/2002, DJ 12/4/2004, p. 184). 3. Ademais, incide a teoria do adimplemento substancial, que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 4. No caso, embora houvesse mora de 90 (noventa) dias no pagamento de toda mensalidade do plano, antes da ocorrência do fato gerador (morte do contratante) tentou-se a purgação, ocasião em que os valores em atraso foram pagos pelo de cujus, mas a ele devolvidos pela entidade de previdência privada, com fundamento no cancelamento administrativo do contrato ocorrido 06 (seis) dias antes. 5. Com efeito, desprende-se que o inadimplemento do contrato - a parte ser desimportante em face do substancial adimplemento verificado durante todo o período anterior - não pode ser imputado exclusivamente ao consumidor. Na verdade, o evitável inadimplemento decorreu essencialmente do arbítrio injustificável da recorrida - entidade de previdência e seguros - em não receber as parcelas em atraso, antes mesmo da ocorrência do sinistro, não agindo assim como boa-fé e cooperação recíproca que são essenciais à harmonização das relações civis. 6. A entidade de previdência obsteu a purgação da mora por motivo injustificado, antes mesmo da ocorrência do fato gerador, somando-se isso a inequívoca conduta pautada na boa-fé do consumidor, por isso incabível a negativa de pagamento do pecúlio depois de verificada a morte do contratante. Incidência do art. 21, § 3º, da Lei n. 6.435/77. Recurso especial provido.

Note-se que nesta decisão o Superior Tribunal de Justiça, adquiriu a Teoria do Adimplemento Substancial devido ao fato da seguradora se abster de

receber o que já estava em atraso, sem um motivo justificado, constatando assim a má-fé, pois não deixou que o credor agisse com a lealdade esperada nos atos processuais.

A teoria do adimplemento substancial esta sendo adotada como forma de resolver os conflitos judiciais, vez que há um maior interesse, tanto para as partes como para a sociedade, um equilíbrio contratual, visando proteger a economia do contrato.

Para que se tenha uma pequena gravidade, afim de, não resolver o contrato, além do magistrado analisar o caso concreto os princípios da boa-fé objetiva e sua função social devem estar violados, ademais, é de suma importância que ao dar continuidade em tal relação contratual, o contrato obedeça o que foi pactuado no momento da negociação primária, devendo o objeto ser útil ainda ao credor.

4.3.2 Alienação Fiduciária

Outra espécie de contrato que merece atenção, são aqueles referentes à alienação fiduciária, que é regido pela Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997. Trata-se de um direito real de garantia onde há transferência de propriedade de coisa móvel, ao credor fiduciário até que o devedor fiduciário pague a dívida.

Quando o adimplemento substancial é aplicado nos casos de alienação fiduciária, a instituição financeira, ou seja, o devedor fiduciário, não terá direito a busca e apreensão do bem, é o caso do seguinte parecer judicial, AGV n. 70057216749, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator: Jorge André Pereira Gailhard, julgamento em: 19/12/2013 da Décima Quarta Câmara Cível:

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. I. No caso concreto, em que pese a validade da notificação extrajudicial, os documentos que instruíram o recurso demonstram que a devedora quitou mais de 80% do valor do contrato, razão pela qual deve ser mantida a decisão que negou a liminar de busca e apreensão, com base na teoria do adimplemento substancial. II. Quanto ao prequestionamento, o Órgão Colegiado não está obrigado a enfrentar todos os dispositivos legais e argumentos suscitados pelas partes, mas a analisar fundamentadamente a matéria trazida pelo recurso. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

No caso do julgado acima o Tribunal aplicou o adimplemento substancial porque a autora cumpriu com mais de 80% do contrato, negando portanto, liminar de busca e apreensão para capturar o bem.

A seguir um trecho da decisão do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, da 27ª Câmara de Direito Privado agravo regimental n. 2016554-88.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, desembargador relator Gilberto Lemes, com a participação dos desembargadores Moraes Pucci e Claudio Hamilton, versando sobre a possibilidade de aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no caso de alienação fiduciária.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. LIMINAR. CASSAÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. APLICAÇÃO. Adimplemento pela devedora de parcela substancial do contrato. Bens essenciais para o desempenho das atividades da ré agravante. Observância dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Revogação da liminar de busca e apreensão que se impõe. Recurso provido.

A opção pela adoção da Teoria do Adimplemento Substancial foi porque o bem alienado era essencial para o desempenho de sua atividade, se neste caso, o Tribunal decretasse a busca e apreensão, estaria ferindo gravemente a função econômica social do contrato. Este claramente, é um dos casos onde o magistrado, usou do caso concreto, do comportamento dos contratantes, bem como da boa-fé para valorar se seria ou não uma violação de escassa importância.

Neste caso, usando o princípio da boa-fé objetiva juntamente com o princípio proporcionalidade, verifica-se que seria de mais gravoso rescindir o contrato, pois drasticamente feriria o seu propósito social e econômico. Lucas Gaspar de Oliveira Martins (2011, p. 96):

Vale dizer, em casos de alienação fiduciária em garantia, tendo sido pago o preço em grande parte, entende-se que o contrato cumpriu a sua função econômico-social, de modo que se inviabiliza o desfazimento do negócio com a busca e apreensão do objeto vendido, justificado normalmente por cláusula resolutive expressa.

Ademais, merece atenção especial também, os contratos de arrendamento mercantil, ou também, denominado de “*leasing*”. Trata-se de espécie

de contrato que, o arrendador cede ao arrendatário somente a posse de algum bem, por um prazo determinado.

A próxima decisão judicial favorável ao adimplemento substancial, foi proferida pelo nobre Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, julgando favorável a aplicação da teoria em foco, nos contratos de arrendamento mercantil, no agravo de instrumento n. 0252794-97.2012.8.26.0000, comarca de Barueri, 27ª Câmara de Direito Privado, ministra relatora Berenice Marcondes Cesar:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE PROVIMENTO LIMINAR ANTECIPATÓRIO ARRENDAMENTO MERCANTIL. Nos contratos de arrendamento mercantil, a medida liminar de reintegração de posse não possui caráter absoluto observância da boa-fé objetiva e da função social do contrato a ausência de pagamento de somente três parcelas do contrato enseja a necessidade de demanda apta à cobrança do débito, sem possibilidade de retirar do devedor-arrendatário a posse sobre o bem, sob pena de se privilegiar o enriquecimento injustificado da instituição financeira aplicação da teoria do adimplemento substancial inadequação da via eleita extinção do processo, sem resolução do mérito inteligência do art. 267, VI, do CPC. RECURSO DO RÉU CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, PROVIDO. EXTINÇÃO DA AÇÃO POSSESSÓRIA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC.

Identifica-se que o adimplemento substancial foi aplicado apenas porque faltavam 03 (três) parcelas a serem pagas, ademais, estavam presentes os principais princípios: boa-fé objetiva e função social do contrato. O Tribunal, corretamente optou por não retirar o bem do devedor, pois se adotasse tal medida configuraria enriquecimento ilícito para o devedor.

4.3.3 Arrendamento Mercantil

A próxima decisão judicial, também é sobre os casos de arrendamento mercantil, onde negou a reintegração de posse, com base no adimplemento substancial. Superior Tribunal de Justiça REsp n.: 1051270 RS 2008/0089345-5, relator, Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma.

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DEVEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO.

MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITOREMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. 1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". 2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. 4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título. 5. Recurso especial não conhecido.

Neste julgamento o Tribunal, afirmou o que foi debatido em todo o trabalho; "é pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475." Ou seja, de nada adianta resolver o contrato se, for ferir ainda mais a função econômica social deste.

No caso acima, já tinha sido adimplidas 86% da obrigação, portanto, não poderia resolver o contrato, feriria drasticamente a sua função social, tanto é verdade que o Tribunal ressalta: "Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento". A instituição financeira deveria ter se valido de outro instituto do Código Civil, como por exemplo, apenas uma ação de cobrança ao invés de tentar resolver o contrato.

Por tudo que foi exposto, pode-se concluir que, quando qualquer espécie de contrato, principalmente os de seguro, alienação fiduciária e arrendamento mercantil, que foram os estudados no presente trabalho, estiverem muito próximos de seu total adimplemento; no momento da valoração do dever descumprido realizada pelo magistrado, se não houver nada que justifique a sua

extinção, e as partes agirem de boa-fé, cabe a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, a fim de alcançar um equilíbrio contratual, preservando a função econômico-social do contrato.

5 CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho, várias foram as conclusões que conseguimos abstrair e registrar sendo que, uma delas é de que o adimplemento substancial é perfeitamente aplicável em nosso ordenamento jurídico pátrio, desde que preenchidos seus requisitos.

Há os princípios informativos do adimplemento, sendo eles: princípio da correspondência, integralidade e pontualidade, faz com que o devedor cumpra a obrigação da maneira em que foi pactuado no momento da negociação.

A boa-fé objetiva possui papel fundamental para nortear os institutos das relações contratuais, pois determina que todos os contratantes devem agir de forma leal, com probidade e eticidade. Ademais, a boa-fé possui também deveres acessórios, como: informação, integração e interpretação. Agindo dessa maneira a boa-fé impede que ocorra resoluções contratuais injustas.

O adimplemento substancial surge buscando evitar abusos por parte do contratante que já teve quase que todos os seus interesses adimplido, evitando, portanto, o abuso nas resoluções, se este desejar resolver o contrato devido a uma pequena parte inadimplida.

Somente caberão resoluções quando o dever descumprido for considerado de natureza grave pelo magistrado, devendo este valorar a gravidade juntamente com a boa-fé e a função econômica e social do contrato, analisando também o comportamento das partes, diante do caso concreto.

Verificou-se também que o adimplemento substancial é totalmente aplicável nos contratos de seguro, arrendamento mercantil e alienação fiduciária; sendo que nos dois últimos o efeito do adimplemento é a não reintegração de posse ou a não concessão de busca e apreensão do bem, quando o inadimplemento for de “escassa importância”.

Para a total aplicação válida e eficaz da teoria em estudo, deve o adimplemento total estar muito próxima ao fim, ressaltando que, não visa privilegiar o mau pagador, pois o credor poderá ainda cobrar o que este lhe deve, o credor fica limitado a resolução contratual, deve adotar uma medida menos brusca para com o devedor ao invés do instituto da resolução.

É fato que, a o adimplemento substancial deve ser incorporada na legislação brasileira, deve-se ter critérios mais objetivos e concretos para a sua correta aplicação; pois, somente desta maneira chegaremos a decisões favoráveis e homogêneas evitando contradições dos magistrados.

Portanto a teoria em foco, deve ser acatada por nossos legisladores afim de termos decisões mais seguras através de parâmetros consolidados; uma vez que, esta serve para impedir abusos assim como o desequilíbrio contratual, é com este propósito que a jurisprudência e a doutrina já vem utilizando-a.

Conclui-se então que, agregada a boa-fé objetiva, é permitido afastar a resolução contratual quando próximo estiver o total adimplemento, de maneira que se o contratante honrou todas as suas obrigações, chegando muito próximo a integralidade do contrato, o credor fica limitado a pleitear a resolução, pois, este já esta satisfeito com o adimplemento substancial, mesmo que uma pequena parte insignificante não tenha sido cumprida.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A convenção de Viena (1980) e a resolução do contrato por incumprimento**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 10, p. 7-21, 1994.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4ª ed. Saraiva, 1972.

BRASIL, 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo Regimental** n. 2016554-88.2014.8.26.0000/50000. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

BUSCA E APREENSÃO. LIMINAR. CASSAÇÃO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICAÇÃO. Adimplemento pela devedora de parcela substancial do contrato. Bens essenciais para o desempenho das atividades da ré agravante. Observância dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Revogação da liminar de busca e apreensão que se impõe. Recurso provido. Agravante Courado Comercial e Representações LTDA e agravado Banco Daycoval S/A. Relator Gilberto Leme, São Paulo 25.03.2014 disponível em:

<<http://esaj.tjst.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7449715>> Acesso em 25 abr. 2014.

BRASIL, REsp n. 1051270 RS 2008/0089345-5, Superior Tribunal de Justiça. DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITORE MANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que dever ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". 2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. 4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento

e, deresto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título. 5. Recurso especial não conhecido. Disponibilizado em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21088578/recurso-especial-resp-1051270-rs-2008-0089345-5-stj>> acesso em: 15.ou.2014. Data de Publicação: DJe 05/09/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Apelação Civil n. 1.0439.005384-6/001 AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - VEÍCULO DADO EM GARANTIA FIDUCIÁRIA - FALTA DE PAGAMENTO DE APENAS 06 PARCELAS DAS 36 CONTRATADAS - APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL - POSSIBILIDADE DE DECISÃO MANTIDA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A teoria do adimplemento substancial, oriunda do direito inglês, mas recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio, tem como principal fundamento o princípio da boa-fé objetiva e a teoria do abuso do direito. Pago o bem alienado fiduciariamente em sua quase totalidade, não é razoável submeter o financiado aos constrangimentos do desapossamento, mormente porque garantido ao credor outros meios para cobrar o valor remanescente. A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Assim, faltando somente as seis últimas prestações do contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Recurso a que se nega provimento. Disponível em:

<<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/stj2.pdf>> acesso em 01 out. 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 877-965-SP (2006/0180355-9). DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PLANO DE PECÚLIO POR MORTE. NATUREZA DO CONTRATO. SEGURO DE VIDA. SEMELHANÇA. MORA DO CONTRATANTE. CANCELAMENTO AUTOMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERPELAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA FIRME DA SEGUNDA SEÇÃO. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE. TENTATIVA DE PURGAÇÃO DA MORA ANTES DO FATO GERADOR (SINISTRO). RECUSA DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA. CONDUTA DO CONSUMIDOR PAUTADA NA BOA-FÉ. RELEVÂNCIA. PAGAMENTO DEVIDO. Recorrente Maria Luiza Portela Vigário, recorrido Bradesco Vida e Previdência S/A. Relator Luis Felipe Salomão, 22.11.2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=19527067&sReg=200601803559&sData=20120201&sTipo=5&formato=PDF> acesso em 25 abr. 2014

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, apelação n. 20120310152769 REPARAÇÃO DE DANOS - CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL - ATRASO NO PAGAMENTO DA ÚLTIMA PARCELA DO PRÊMIO SECURITÁRIO - CANCELAMENTO UNILATERAL POR MORA NO PAGAMENTO DO PRÊMIO - CLÁUSULA NULA - NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR EM MORA - OCORRÊNCIA DE SINISTRO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL - DANO MORAL - NÃO OCORRÊNCIA - DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - CORREÇÃO MONETÁRIA - MOMENTO DE INCIDÊNCIA - RECUSA ADMINISTRATIVA 1. O MERO ATRASO NO PAGAMENTO DA ÚLTIMA PARCELA DO SEGURO NÃO ENSEJA A RESCISÃO CONTRATUAL AUTOMÁTICA, UMA

VEZ QUE É IMPRESCINDÍVEL A PRÉVIA CONSTITUIÇÃO EM MORA DO SEGURADO POR MEIO DE INTERPELAÇÃO. 2. O PAGAMENTO DE QUANTIA EXPRESSIVA DO PRÊMIO DÁ AZO A ATRAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. 3. A NEGATIVA DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA IMPORTA EM MERO DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO, NÃO SENDO SUFICIENTE A ENSEJAR A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. 3. A CORREÇÃO MONETÁRIA DEVE INCIDIR A PARTIR DA DATA DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL, EM QUE A SEGURADORA RECUSOU O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. Disponibilizado em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23664427/apelacao-civel-apc-20120310152769-df-0014914-7420128070003-tjdf>> - acesso em: 15/10/2014

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AGV n. 70057216749. AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. I. No caso concreto, em que pese a validade da notificação extrajudicial, os documentos que instruíram o recurso demonstram que a devedora quitou mais de 80% do valor do contrato, razão pela qual deve ser mantida a decisão que negou a liminar de busca e apreensão, com base na teoria do adimplemento substancial. II. Quanto ao prequestionamento, o Órgão Colegiado não está obrigado a enfrentar todos os dispositivos legais e argumentos suscitados pelas partes, mas a analisar fundamentadamente a matéria trazida pelo recurso. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. Data da Publicação: 23/jan/2014. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113572959/agravo-agv-70057216749-rs>. Acesso em: 15/ou/2014

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, APL: 02332164320128190001 RJ 0233216-43.2012.8.19.0001. **Ação de Obrigação de fazer c/c com Indenizatória. Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória.** Plano de saúde. Recusa a internação pelo médico conveniado à seguradora. Impossibilidade. Aplicação da Súmula nº 211 desta Corte. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva da seguradora. Caráter emergencial do atendimento que se sobrepõe ao prazo de carência contratual. Dano moral caracterizado. Dever de indenizar. 1. O caso dos autos retrata nítida relação de consumo, em virtude da perfeita adequação aos conceitos de consumidor (art. 2º), fornecedor (art. 3º, caput) e serviço (art. 3º, § 2º), contidos na Lei 8.078/90. Com efeito, entre as normas e princípios que buscam proteger o consumidor e equilibrar a relação jurídica havida entre as partes, merece destaque aquele que afirma que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. 2. O princípio da boa-fé objetiva, que está ligado à interpretação dos contratos, ensina que o juiz deve analisar o negócio jurídico de forma global para verificar se, de alguma forma, deliberada ou não, uma das partes teve sua expectativa frustrada, pelo abuso da confiança por ela depositada. 3. Ademais, convém ressaltar o entendimento sumulado deste Tribunal de Justiça no sentido de que "havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização" (Súmula nº 211). 4. Ressalte-se que o segurado, na qualidade de consumidor, ostenta o status de parte presumidamente vulnerável face ao fornecedor, que possui um maior e evidente poder na relação havida entre as partes (art. 4º, I, CDC). Ou seja, há a necessidade de interpretar-se a situação existente privilegiando os princípios da função social e da boa-fé objetiva, da qual se extraem os chamados deveres anexos ou laterais de conduta, tais como os deveres

de colaboração, fidedade, respeito, honestidade e transparência, que devem estar presentes nas relações contratuais como a que ora se examina, com o intuito de reequilibrar-se a relação jurídica entre os ora litigantes; trata-se de buscar o equilíbrio (equivalência) e a justiça contratual. 5. A recusa de autorização a determinado procedimento médico para o devido convalescimento de doença que acomete o segurado, acarreta-lhe inegável sofrimento e angústia, atenta contra a dignidade da pessoa humana, ou caso se prefira, a um direito fundamental da personalidade, gerando, assim, o dever de indenizar. 6. Nesta parte, considerando os critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência e em observância aos princípios da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, entendo que o valor de R\$ 10.000,00 fixado pelo juízo sentenciante não se mostra exagerado ou desproporcional, devendo ser mantido. 7. Desprovimento do recurso. Publicada em: 25/03/2014, disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115590143/apelacao-apl-2332164320128190001-rj-0233216-4320128190001> acesso em: 26/10/014.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual, modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar**. 3ª ed. Curitiba: Juruá 2007.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Judith Martins -. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

FAIS, Juliana Marteli. **Common Law em relação ao direito brasileiro**. Cesumar. 2006. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/iccesumar/article/viewFile/120/58>, acesso em 26/10/2014

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **O direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 1997.

INOUE, Renata AtaydeSetti. O agravamento do risco no contrato de seguro. Presidente Prudente, 2003. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2003.

JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Obrigações: abordagem didática**. 2ª ed. São Paulo, Editora revista dos Tribunais, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. 2. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada**. Coimbra: Almedina, 1984.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Contornos do Adimplemento absoluto da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções**. Domínio Público, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062864.pdf> Acesso em: 14. Out. 2014.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações, 2ª parte**. 34 ed. Ver. E atual. Por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **A teoria do adimplemento substancial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3743, 30 set 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25425>>. Acesso em: 11 out. 2014.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, VivienLys Porto Ferreira. **Adimplemento Substancial**. Domínio Público, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp012536.pdf>> Acesso em : 14. Out. 2014.

SÃO PAULO, Diário de Justiça. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/49883953/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-ii-16-01-2013-pg-949>, acesso em 26 de outubro de 2014.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual: Aspectos doutrinários**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014.

ZAMBRANO, Ariella Caçula. **A doutrina do Adimplemento Substancial no Direito das Obrigações**. Presidente Prudente, 2009. Monografia (Especialização) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2009.