



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM PROCESSO CIVIL

ANTONIO VINICIUS SANTOS DA SILVA

**A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO
ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COM O INTUITO DE EVITAR A
PENHORA DO BEM IMÓVEL: ANÁLISE DIALÉTICA DOS
RECURSOS ESPECIAIS 1.215.289/SP E 1.636.692/RJ**

Salvador-BA

2019

ANTONIO VINICIUS SANTOS DA SILVA

**A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO
ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COM O INTUITO DE EVITAR A
PENHORA DO BEM IMÓVEL: ANÁLISE DIALÉTICA DOS
RECURSOS ESPECIAIS 1.215.289/SP E 1.636.692/RJ**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito,
como requisito parcial para obtenção do título de
especialista em Processo Civil, sob a orientação do
professor Tarsis Cerqueira.

Salvador-BA

2019

ANTONIO VINICIUS SANTOS DA SILVA

**A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO
ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COM O INTUITO DE EVITAR A
PENHORA DO BEM IMÓVEL: ANÁLISE DIALÉTICA DOS
RECURSOS ESPECIAIS 1.215.289/SP E 1.636.692/RJ**

TERMO DE APROVAÇÃO

Esta monografia apresentada no final do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Processo Civil, na Faculdade Baiana de Direito, foi considerada suficiente como requisito parcial para obtenção do Certificado de Conclusão. O examinado foi aprovado com a nota _____.

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus, que me deu discernimento e força para realizar este trabalho. Ao professor Tarsis Cerqueira, meu orientador, que me acompanhou na elaboração e possibilitou o desenvolvimento técnico deste trabalho. Aos meus Colegas da pós-graduação e da militância pelo auxílio e pelas discussões no qual contribuíram para o aprofundamento deste trabalho acadêmico. Aos professores pelas críticas construtivas e pelos ensinamentos que levarei ao longo da minha vida. Aos meus pais pelo apoio incondicional em todos os momentos e por, ultimo, mais não menos importante, a minha namorada Flávia Alves por está sempre comigo.

RESUMO

O presente trabalho visa averiguar a possibilidade da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial com o intuito de evitar a penhora do bem imóvel, por meio da análise dialética dos Recursos Especiais 1.215.289/SP e 1.636.692/RJ proferidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, Sendo que a primeira aplicou a Teoria do adimplemento mínimo para admitir à adjudicação compulsória pelo adquirente, após o pagamento expressivo do valor do imóvel em parcelas indexadas pela já extinta OTN, reservando-se ao vendedor o direito de executar eventual saldo remanescente. O segundo afastou a aplicação do referido instituto para permitir que o promitente vendedor de uma promessa de compra e venda de um imóvel pudesse, diante do inadimplemento do devedor, exercer o seu direito potestativo de resolver o contrato. Ao comentar as decisões, o texto situa a Teoria do Adimplemento Substancial na contemporânea Teoria do Inadimplemento e ainda investiga seus pressupostos de aplicação e fundamentos. Terá como referencial teórico os seguintes autores: Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (1980), Anderson Schreiber (2008), Anelise Becker (1993), Athos Gusmão Carneiro (1995), Jones Figueiredo Alves (2007), Judith Costa (2003), Luiz Otávio (2006), Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019), Pontes de Miranda (1954), Rodrigues Junior (2006).

Palavras-chave: Teoria do Adimplemento Substancial; penhora do bem imóvel; Análise dialética dos Recursos Especiais 1.215.289/SP e 1.636.692/RJ; contemporânea Teoria do Inadimplemento e pressupostos de aplicação e fundamentos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. OS FUDAMENTOS DA PROTEÇÃO DO DEVEDOR NA EXECUÇÃO: NEGÓCIOS JURÍDICOS – PRINCÍPIOS CLÁSSICOS E ATUAIS	15
2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO.....	15
2.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	16
2.3. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA CONVENÇÃO (<i>PACTA SUNT SERVANDA</i>)	17
2.4. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DOS CONTRATOS	18
2.5. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL.....	18
2.6. PRINCÍPIO DA BOA - FÉ.....	19
2.6.1. <i>Venire Contra Factum Proprium</i>	21
2.6.2. <i>Supressio e Surrectio</i>	22
2.6.3. <i>Tu quoque, exceptio doli e exceptio non adimpleti contractus</i>	23
2.6.4. <i>Duty to mitigate the loss</i>	25
2.6.5. A boa-fé objetiva no Código de Processo Civil	25
2.7. PRINCÍPIO DO REPÚDIO AO ABUSO DE DIREITO	27
3. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL OU ADIMPLENTO MÍNIMO	28
3.1. O SURGIMENTO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL ...	28
3.2. A TEORIA DO ADIMPLENTO NO DIREITO BRASILEIRO, SOB O PRISMA DO STJ	30
3.3. O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE INADIMPLENTO	34
4. PROCESSO DE EXECUÇÃO PATRIMONIAL	38
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	38
4.2. PRINCÍPIOS.....	40
4.2.1. Patrimonialidade:	40

4.2.2. Exato adimplemento.....	40
4.2.3. Disponibilidade do processo pelo exequente.....	41
4.2.4. Utilidade.....	42
4.2.5. Realização em benefício do exequente.....	42
4.2.6. Menor onerosidade.....	43
4.3. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO ÂMBITO DO CPC.....	43
4.4. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA.....	48
5. ANÁLISE DIALÉTICA DOS RECURSOS ESPECIAIS 1.215.289/SP E	
1.636.692/RJ.....	53
5.1. RECURSO ESPECIAL Nº 1.215.289/SP.....	53
5.1.1. Apresentação do caso.....	53
5.1.2. Análise dos pressupostos de aplicação e dos fundamentos da teoria do	
adimplemento substancial elencados pelo acórdão.....	55
5.2. RECURSO ESPECIAL Nº 1.636.692/RJ.....	61
5.2.1. Apresentação do caso.....	61
5.2.2. Análise dos pressupostos de aplicação e dos fundamentos da teoria do	
adimplemento substancial elencados pelo acórdão.....	64
6. CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	72

1. INTRODUÇÃO

Diante da crescente publicização do direito privado, o contrato deixou de ser a máxima expressão da autonomia da vontade para se tornar prática social de especial importância, prática essa que o Estado não pode simplesmente relegar à esfera das deliberações particulares. Instituto nascido no âmbito do Direito Privado, o contrato passou a ter colorido publicístico, exigindo do julgador a aplicação, no caso concreto, das chamadas cláusulas abertas, dentre as quais se destacam a boa-fé-objetiva e a função social. Vale dizer, não se pode mais conceber o contrato unicamente como meio de circulação de riquezas. Além disso - e principalmente -, é forma de adequação e realização social da pessoa humana e meio de acesso a bens e serviços que lhe dão dignidade.

Sobre as cláusulas gerais - marca identificadora do Código Civil de 2002 -, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery destacam que:

A cláusula geral da função social do contrato é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa. (...) As várias vertentes constitucionais estão interligadas, de modo que não se pode conceber o contrato apenas do ponto de vista econômico, olvidando-se de sua função social. A cláusula geral da função social do contrato tem magnitude constitucional e não apenas civilista¹

Com efeito, é pela lente das cláusulas gerais previstas no Código, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual:

“Art. 475. 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”.

Nesse passo, a faculdade que o credor tem de simplesmente resolver o contrato, diante do inadimplemento do devedor, deve ser reconhecida com cautela, sobretudo quando evidente o desequilíbrio financeiro entre as partes contratantes. Deve o julgador ponderar quão grave foi o inadimplemento a ponto de justificar a resolução da avença.

Como bem assevera Athos Gusmão Carneiro, em um sistema de resolução judiciária dos contratos, a apreciação valorativa do inadimplemento contratual é

¹ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado atualizado até 20 de maio de 2006*. 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.447.

alicerçada na análise global do contrato inexecutado, inclusive de sua natureza, e na consideração do comportamento total dos contraentes, desde o início da avença. Assim, ante eventual adimplemento limitado ou inexato, a decisão judicial, ou pela resolução da avença ou pela simples condenação em perdas e danos, dependerá de uma avaliação da "repercussão do incumprimento no equilíbrio sinalagmático do contrato" ²

Vale mencionar que, para a resolução do contrato pela via judicial, há de se considerar não só a inadimplência em si, mas também o adimplemento da avença durante a normalidade contratual. A partir desse cotejo entre adimplemento e inadimplemento é que deve o juiz aferir a legitimidade da resolução do contrato, de modo a realizar, por outro lado, os princípios da função social e da boa-fé objetiva.

Assim, a insuficiência obrigacional poderá ser relativizada com vistas à preservação da relevância social do contrato e da boa-fé, desde que a resolução do contrato não responda satisfatoriamente a esses princípios. Essa é a essência da doutrina do adimplemento substancial do contrato.

É de se notar, portanto, que a teoria do substancial do adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença quando viável e for de interesse dos contraentes. Ou, como aduz Jones Figueiredo Alves, "o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator desconstrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante". ³

A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo mitigar o que foi explicado acima. Segundo essa teoria, se a parte devedora cumpriu quase tudo que estava previsto no contrato (ex: eram 48 prestações, e ela pagou 46), então, neste caso, a parte credora não terá direito de pedir a resolução do contrato porque, como faltou muito pouco, o desfazimento do pacto seria uma medida exagerada, desproporcional, injusta e violaria a boa-fé objetiva.

Desse modo, havendo adimplemento substancial (adimplemento de grande parte do contrato), o credor teria apenas uma opção: exigir do devedor o

² Inadimplemento Contratual Grave - Discricionariedade do Juiz. In. Revista de Processo. Ano 20. Abril-Junho de 1.995, n. 78.

³ Adimplemento Substancial como Elemento Decisivo à Preservação do Contrato. In. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, n. 240, Janeiro de 2007.

cumprimento da prestação (das prestações) que ficou (ficaram) inadimplida(s) e pleitear eventual indenização pelos prejuízos que sofreu.

Nesse contexto, o presente trabalho acadêmico tem como objetivo discutir as decisões proferidas no âmbito dos Recursos Especiais de nº 1.215.289/SP e 1.636.692/RJ julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Sendo que a primeira aplicou a Teoria do adimplemento mínimo para admitir à adjudicação compulsória pelo adquirente, após o pagamento expressivo do valor do imóvel em parcelas indexadas pela já extinta OTN, reservando-se ao vendedor o direito de executar eventual saldo remanescente. O segundo afastou a aplicação da teoria do adimplemento substancial para permitir que o promitente vendedor de uma promessa de compra e venda de um imóvel pudesse, diante do inadimplemento do devedor, exercer o seu direito potestativo de resolver o contrato.

De outro modo, a Metodologia Científica apresenta importância inegável para realização de uma pesquisa séria em todos os campos do saber, inclusive na área das Ciências Sociais. Neste sentido, toda pesquisa envolve uma postura metodológica, de modo que depende de um conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos para a concretização dos seus objetivos.

Nesse passo, no que tange à análise comparativa, será adotado o método dialético, vez que a filosofia descreve a realidade e a reflete, portanto a dialética busca, não interpretar, mas refletir acerca da realidade. A dialética é a história das contradições. Em alemão *aufheben* significa supressão (ou suprassunção) e ao mesmo tempo manutenção da coisa suprimida. O reprimido ou negado permanece dentro da totalidade. Esta contradição não é apenas do pensamento, mas da realidade. Então, tudo está em processo de constante devir.

Os três momentos da dialética hegeliana são por um lado uma maneira de descrever o método axiomático, que foi usado na filosofia por Spinoza, e por outro um uso particular desse método. O primeiro momento (a tese) corresponde ao axioma. O segundo momento (a antítese) corresponde à definição (que Spinoza notava conter também uma negação). O terceiro momento (a síntese) corresponde ao teorema, um resultado necessário, porém novo, não estando simplesmente contido nos momentos anteriores.

Logo, realizar-se-á a análise das decisões antagônicas proferidos no âmbito dos Recursos Especiais de nº 1.215.289/SP – que aplicou a Teoria do adimplemento mínimo para admitir à adjudicação compulsória pelo adquirente, após o pagamento

expressivo o valor do imóvel em parcelas indexadas pela já extinta OTN, reservando-se ao vendedor o direito de executar eventual saldo remanescente – e de nº 1.636.692/RJ – no qual afastou a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial para permitir que o promitente vendedor de uma promessa de compra e venda de um imóvel pudesse, diante do inadimplemento do devedor exercer o direito postestativo de resolver o contrato –.

Para tal, realizar-se-á um relatório com os principais fatos relevantes ocorridos em ambas às decisões, e, posteriormente, examinar-se-á os pressupostos de aplicação e os fundamentos da Teoria do Adimplemento Substancial que nortearam os acórdãos, ora em comento.

Ainda, será utilizado o método hipotético dedutivo. Esta metodologia é originária do pensamento de Descartes que formulou um método universal com base na razão e na matemática. Mais tarde, no século XX, Karl Popper, filósofo Austríaco, retomou o método científico hipotético-dedutivo criado por Descartes.

Será posto em prática, também, nesta peça acadêmica, para melhor compreensão do tema, uma abordagem metodológica interdisciplinar já que versarão diversos conteúdos - disciplinas como Direito Civil, Direito Processual Civil, direito do consumidor e direito imobiliário.

A interdisciplinaridade segundo Houaiss, (2001)⁴ significa propriedade de ser interdisciplinar. Esta abordagem está ligada com aquilo que estabelece relações entre duas ou mais disciplinas ou ramos do conhecimento, ou seja, o que é comum a duas ou mais disciplinas.

Esta interdisciplinaridade aponta para uma atividade mais investigativa que coloque as disciplinas em relação umas com as outras. Além disso, como o tema é abrangente, não se pode limitar apenas a uma área do conhecimento.

Por conseguinte o presente trabalho possui como justificativa a forte crise econômica pelo qual o Brasil vem vivenciando, tendo com um dos seus efeitos, o auto índice de desemprego, que culmina com o inadimplemento das prestações da compra do imóvel, tendo-se, desse modo, uma reação em cadeia: muitos compradores perderam o seu imóvel; bancos e financeiras, com o prejuízo dessa inadimplência, ficam incapacitados de ceder novos empréstimos; a indústria da

⁴ HOUAISS, A. Dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro, Objetivo, 2001.

construção civil sofre uma queda bruta. Resumindo: toda a economia brasileira sente os efeitos do recuo econômico.

Assim sendo, a queda nos preços foi acentuada por dois motivos principais: a forte piora do mercado de trabalho a partir de 2015, quando o aumento do desemprego fez com que o consumidor adiasse a compra do imóvel ou não conseguisse mais arcar com seu financiamento, e a piora significativa na concessão de crédito.

Nesse passo, o número de processos que visam à resolução do contrato, e, conseqüentemente, a retomada do bem imóvel em decorrência do adimplemento das somatórias dos pagamentos quase próxima ao pagamento integral, tem se tornado crescente nos tribunais brasileiros, e nesse sentido, a jurisprudência tem aplicado a Teoria do Mínimo Substancial, veja-se:

PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – Alegação de nulidade da r. sentença por falta de prova pericial – Matéria discutida que depende de interpretação contratual - Desnecessária a produção de outras provas – Presença dos elementos necessários ao julgamento antecipado da lide. Preliminar rejeitada. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REVISIONAL. INSTRUMENTO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. "Tabela Price" que não implica necessariamente em capitalização dos juros. Juros remuneratórios. Inexistência de abusividade. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE. **Apelantes que pagaram quantia superior a 86% da obrigação contratual. Percentual que admite a aplicação da teoria do adimplemento substancial. O adimplemento substancial constitui um adimplemento vinculado à parte derradeira da obrigação, o que afasta o direito de resolução, autorizando, contudo, que o credor promova outras formas para obter o seu adimplemento que não sejam desproporcionais, evitando-se, no caso concreto, a retomada do bem imóvel e realização de constrições judiciais.** Precedentes deste E. TJSP. Recurso parcialmente provido.⁵

Ação de rescisão de compromisso de compra e venda e reintegração de posse. Aplicação do prazo decenal do artigo 205 do Código Civil. Contagem a partir do vencimento das parcelas. Lapso prescricional não consumado. Extinção afastada. Compromisso de compra e venda. Imóvel. Financiamento imobiliário. Pleito de rescisão contratual e conseqüente reintegração de posse. **Quitação de 85,33% do preço. Resolução do contrato descabida diante do débito remanescente. Aplicação da teoria do adimplemento substancial.** Ação julgada improcedente. Recurso desprovido, alterado o dispositivo da sentença.⁶

⁵TJ-SP - AC: 10141759020168260011 SP 1014175-90.2016.8.26.0011, Relator: Roberto Mac Cracken, Data de Julgamento: 28/02/2019, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/03/2019.

⁶TJ-SP - APL: 00029139320158260368 SP 0002913-93.2015.8.26.0368, Relator: Araldo Telles, Data de Julgamento: 18/12/2018, 30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 19/12/2018.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Rescisão contratual cumulada com reintegração de posse. Inadimplemento de 24 parcelas, do total de 71. **Pagamentos realizados que correspondem a quase 70% do valor total do contrato. Adimplemento substancial do contrato. Impossibilidade de se exigir a rescisão contratual.** Precedentes do STJ e desta Corte. Inexistência de cobrança indevida. Não ocorrência de litigância de má-fé por parte da autora. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.⁷

Nesta direção, o trabalho em apreço almeja responder as seguintes hipóteses: (i) A Teoria do Adimplemento Substancial afasta o direito de resolução para o adquirente, cuja somatória dos pagamentos encontra-se efetivamente próxima ao pagamento integral da obrigação, autorizando, contudo, que o credor promova outras formas para obter o seu adimplemento que não sejam desproporcionais, evitando-se a penhora do bem imóvel e realização de constrições judiciais; (II) A sua aplicação não fere os princípios da força obrigatória dos contratos e da autonomia da vontade, mas simplesmente os harmoniza com os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva, da proporcionalidade e da conservação dos negócios jurídicos.

Para isto o trabalho está estruturado em seis capítulos que permitirão responder as hipóteses pretendidas, quais são:

Esta introdução – que contextualiza o tema a ser esmiuçado nos próximos capítulos.

No capítulo dois cuidará sobre os fundamentos da proteção do devedor, abordando os principais Princípios da Teoria Contratual do Direito Civil.

Já no capítulo três tratará sobre o Adimplemento Substancial (*substancial performance*), também chamada de adimplemento mínimo, ressaltando, a sua origem, a sua aplicação no direito brasileiro, sob o *prima* do STJ, e abordará o Conceito Contemporâneo de Inadimplemento.

Por conseguinte, o capítulo quatro versará sobre a reponsabilidade patrimonial na perspectiva do Código de Processo Civil, abordando os aspectos introdutórios e os princípios do processo de execução, além de pontuar as hipóteses de penhorabilidade e de impenhorabilidade do bem imóvel prevista na Lei nº 833 do CPC no qual já foi objeto de jurisprudência do STJ, bem como, destacar as situações de impenhorabilidade do bem imóvel dispostas na Lei nº 8.009/1990.

⁷ TJ-SP - APL: 10180616420158260001 SP 1018061-64.2015.8.26.0001, Relator: Fernanda Gomes Camacho, Data de Julgamento: 28/11/2018, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/11/2018.

Ato contínuo, capítulo cinco, tendo-se como o principal, tratará sobre a análise dialética das decisões proferidas no âmbito dos Recursos Especiais 1.215.289/SP e 1.636.692/RJ julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Sendo que a primeira aplicou a Teoria do adimplemento mínimo para admitir à adjudicação compulsória pelo adquirente, após o pagamento expressivo do valor do imóvel em parcelas indexadas pela já extinta OTN, reservando-se ao vendedor o direito de executar eventual saldo remanescente. O segundo afastou a aplicação da teoria do adimplemento substancial para permitir que o promitente vendedor de uma promessa de compra e venda de um imóvel pudesse, diante do inadimplemento do devedor, exercer o seu direito potestativo de resolver o contrato.

Por derradeiro, a conclusão no qual realizar-se-á uma síntese de que será exposto ao longo do trabalho acadêmico.

2. OS FUDAMENTOS DA PROTEÇÃO DO DEVEDOR NA EXECUÇÃO: NEGÓCIOS JURÍDICOS – PRINCÍPIOS CLÁSSICOS E ATUAIS

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Segunda a sistemática clássica, negócio jurídico é o acordo de vontade tendente à adquirir, modificar ou extinguir direitos, por intermédio da livre utilização, que os particulares fazem, de sua autonomia da vontade. Trata-se de categoria engendradora para potencializar, em grau máximo, a vontade humana. Abrange os contratos, testamentos, promessas de recompensas, enfim, quaisquer atos jurídicos em que a vontade seja relevante para a determinação dos efeitos jurídicos. Naturalmente, todo o efeito jurídico decorre de fato jurídico, ainda que estejamos diante de fato jurídico que admite que a vontade humana interfira em seu suporte fático.

Falar em negócio jurídico e, de algum modo, falar em autonomia privada. A autonomia privada – que etimologicamente falando significa o poder de dar regras para si próprio, o poder de se auto reger – encontra no negócio jurídico seu mais forte símbolo. Autonomia privada é o espaço que a ordem jurídica deixa aos particulares para que autorregulem, como entendam mais convenientes, seus interesses, através de negócios jurídicos. Podemos distinguir autonomia privada de autonomia da vontade, entendida essa última como o modelo teórico próprio do liberalismo, quando havia um superdimensionamento da autonomia da vontade, além do mais, expressa a ideia da vontade psicológica, interna. Sabemos que hoje não é a vontade dos contratantes, presumível ou real, que define (exclusivamente) o conteúdo negócio jurídico, mas padrões mínimos de razoabilidade, de equivalência entre as prestações, observada a boa-fé objetiva e vedado o absoluto de direito.

Porém se no passado havia uma hipertrofia da autonomia da vontade, um respeito quase absoluto à palavra voluntariamente dada, traduzida no dogma “o contrato faz lei entre as partes”, atualmente a tendência é flexibilizar tal rigidez. Está havendo, nos dias atuais, uma progressiva diminuição – no que se refere aos contratos – dos espaços de autonomia, correlação inversa com uma progressiva elevação das imposições da heteronomia. Como pano de fundo dessas mudanças jurídicas temos profundas mudanças sociais. O pandectismo – a notável escola doutrinária que estudou, com inédito apuro conceitual, as categorias do direito civil –

atingiu seu apogeu nos séculos XVIII e XIX, ocasião em que vontade era a força motriz do direito, permeada por conceitos de liberalismo econômico extremo, e escasso cuidado com a sorte dos individuais que contratavam.

O Estado Liberal do século dezenove, saturado de noções de liberalismo econômico, oportunizava, no campo contratual, que os contratos praticamente qualquer conteúdo, desde que as partes, livremente, manifestassem sua vontade livre de vícios. Não se percebia as desigualdades reais entre as pessoas, o que tornava essa liberdade um tanto quanto ilusória. Pontes de Miranda, a propósito, lembrava, no começo do século passado, que a liberdade de contratar praticamente se traduzia em liberdade, para os fortes, de impor sua vontade aos fracos. Essa visão, atualmente, perdeu muito do seu prestígio. Percebe-se uma progressiva desvalorização da vontade como categoria fundamental do direito privado. Paralelamente a isso há uma crescente massificação das relações negociais.

Os princípios contratuais, com tamanhas mudanças, também sofreram fortes alterações. Em alguns casos, o princípio sofreu alteração pendular, dizendo hoje exatamente o contrário do que precisava o princípio tradicional. Veremos algumas dessas mudanças. O que é importante mencionar, porém, é que os princípios atuais, contemporâneos, não substituíram os princípios clássicos, tradicionais. Há, isto sim, um diálogo entre eles, uma interação que fará, em certos casos, que prevaleça o princípio atual, em outros o princípio clássico poderá ter o seu lugar. Aliás, em se tratando de conflitos entre princípios, a solução raramente é absoluta, dependendo muito mais de uma ponderação, tópica e concreta, entre eles, à luz das circunstâncias do caso concreto.

2.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Segundo esse princípio, a pessoa poderá regular seus direitos, ou seja, seus interesses próprios. Através de sua liberdade de contratar, a pessoa realiza suas contratações. No estado Liberal clássico, emanado da Revolução Francesa, esse princípio chegou quase ao apogeu, torna-se quase absoluto. O Estado liberal entendia que o equilíbrio e a justiça do contrato decorriam da liberdade das partes de contratar. Por isso, se privilegiava essa liberdade, que se desdobrava, na verdade, em duas liberdades: uma liberdade de contratar, que fazia com que as pessoas pudessem escolher o momento mais adequado para contratar, e com quem

contratar. E, ao lado dessa liberdade de contratar, ainda havia uma liberdade contratual, vale dizer, a liberdade de se formular as condições do contrato. Essa liberdade de contratar e essa liberdade contratual formavam, portanto, a autonomia da vontade, que era o pilar de sustentação de toda a teoria geral dos contratos nos séculos XIX.

Importante mencionar que essa liberdade é limitada em razão da ordem pública. Por esse motivo, na busca de abrandamento dessa liberdade de contratar, surgiu o dirigismo contratual, que caracterizou o século XX no campo dos contratos, ou seja, o Estado abandonou aquela postura de inércia, de mero espectador dos contratos, para passar a controlá-los, impondo certas cláusulas de proteção ao mais fraco, ou vedando outras que denotavam a superioridade do mais forte. As pessoas possuem liberdade de contratar, mas a questão contratual fica limitada à função social.

2.3. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA CONVENÇÃO (*PACTA SUNT SERVANDA*)

Tal princípio decorre da liberdade de contratar, visando a fazer com que aquilo que foi contratado se torne lei entre as partes. Daí a conhecida frase de Kelsen: o contrato é lei entre as partes. Assim, pode-se afirmar que as partes ficaram obrigadas ao conteúdo contratual, o que gera limitação. Tal princípio começou a ser temperado no século XX, com o surgimento das chamadas teorias revisionais do contrato, teorias essas muito antigas, nascidas no Direito Romano, mas que haviam ficado esquecidas durante o século XIX com o Estado liberal clássico. Essas teorias têm a sua base científica na conhecida cláusula romana *rebus sie stantibus*. As teorias revisionais permitem que o judiciário possa modificar os contratos que tenham tornado excessivamente oneroso durante o curso de suas vidas em razão de fatos supervenientes. Admitindo-se até mesmo, em casos extremos, a resolução do contrato, se não mais for possível salvá-lo simplesmente modificado as suas cláusulas. A teoria da imprevisão, a da base objetiva do negócio jurídico, a paz econômica nos negócios, visam a evitar a ruína do contratante. A visão atual é pela defesa permanente do princípio, só que não mais como regra geral. Caso se esteja diante de uma cláusula abusiva, o contrato poderá ser

revisado, pois a função social permite tal ocorrência. A respeito veja-se o art. 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

2.4. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DOS CONTRATOS

Segundo esse o contrato é lei somente entre as partes, ou seja, o contrato só vincula aqueles que dele participam (*res inter alios*), quem não é parte do contrato não pode ser compelido a cumpri-lo nem pode exigir o seu cumprimento. O contrato não pode ser compelido. O contrato não se reveste daquela oponibilidade *erga omnes* que caracteriza os direitos reais; ao contrário, os contratos são sempre relativos, são *erga singulum*, são relativos às partes contratantes, não podendo ser opostos a terceiros que dele não participam.

Hoje, o contrato não gera efeitos somente para as partes, sendo possível afirmar que terceiros poderão sofrer seus efeitos. Trata-se de uma via de mão dupla, onde terceiros não podem sofrer em razão do contrato realizado entre os parceiros contratuais e esses terceiros ou terceiro não podem criar problemas para esses terceiros contratuais. Para tanto, veja-se o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor e art. 608 do Código Civil.

2.5. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

Em clara oposição ao princípio da relatividade, o princípio da função social prescreve que o contrato não deve interessar, simplesmente, às partes, mas cumprir, sempre que possível, uma função socialmente significativa. O Código Civil foi claríssimo: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos.” Foi uma das mais importantes inovações do Código Civil de 2002. Paulo Lôbo, nesse sentido, aponta que:

O princípio da função social é a mais importante inovação do direito contratual brasileiro e, talvez, a de todo o Código Civil. Os contratos que não são protegidos pelo direito do consumidor devem ser interpretados no sentido que melhor contemple o interesse social, que inclui a tutela da parte mais fraca no contrato, ainda que não configure contrato de adesão⁸.

⁸ LÔBO Paulo. *Obrigações*. São Paulo:Saraiva, 2011, p.86.

A função social dos contratos supera a visão individualística e atomizada dos pactos, cujos direitos e deveres não podem mais ser compreendidos com abstração das circunstâncias sociais que os cercam. Esse ponto é de maior relevância.

2.6. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

É o princípio que impõe às partes, numa relação contratual, agir com lealdade e cooperação, abstendo-se de condutas que impliquem frustração das legítimas expectativas da outra parte.

A boa-fé objetiva é princípio fundamental no direito contratual contemporâneo. Impõe as partes um dever de lealdade – antes, durante e depois da conclusão do contrato. Independe de previsão explícita no instrumento contratual, pois é princípio cuja força normativa não podem ser afastado ainda que as partes o desejam. Percebeu, nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar que a boa-fé:

Constitui numa fonte autônoma de deveres, independentemente da vontade, e por isso a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se mede somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se constituir objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa o controle das partes⁹.

Poderíamos dizer, nessa ordem de ideias, que a boa-fé objetiva é preceito de ordem pública e interesse social, no sentido de não poder ter sua incidência afastada por manifestação de vontade em sentido contrário.

A boa-fé objetiva é um princípio cujas potencialidades são verdadeiramente inesgotáveis. A doutrina e a jurisprudência, com a criatividade e talento, redescobrem, diariamente, as ricas funções que o princípio pode exercer nas relações civis, mas não só nelas. Podemos incluir não só as relações de consumo, mas o direito atual como um todo. Não por acaso, o novo CPC dispõe, no art. 489, § 3º: “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”. Podemos sintetizar essas funções do seguinte modo (lembrando que não há separações absolutas entre as categorias relativas à boa-fé, havendo, antes um rico diálogo).

⁹ AGUIAR, Ruy Rosado de. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 14, p.24.

- a) Função interpretativa – Pode ser subdividida em subjetiva e objetiva. A subjetiva diz respeito à investigação da intenção dos contratantes (código civil, art. 113). Já objetiva traz um dever de agir com lealdade e cooperação, um dever de conduta ético que independe de previsão explícita no contrato. (CDC, art. 4º, III; art. 6º, V, art. 47; art. 51, entre outros);
- b) Função corretiva – O princípio funciona como mecanismo de correção de eventuais desequilíbrios existentes nas relações contratuais. Busca-se, nesse contexto, assegurar o equilíbrio material entre as prestações evitando que a desigualdade material se instale;
- c) Função limitativa de direitos subjetivos – A boa-fé ostenta também a função de limitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Pontes de Miranda já no começo do século passado, alertava que a liberdade de contratar podia ser traduzida com liberdade, para os fortes, de impor sua vontade aos fracos. Atualmente o abuso de direito é ato ilícito (Código Civil, art. 187). O abuso de direito é uma hipótese de responsabilidade objetiva, que deve ser analisado á luz de critérios funcionais e finalísticos;
- d) Função criadora ou integrativa (função supletiva de criar deveres acessórios anexos; Código Civil, art. 422) – A boa – fé objetiva pode criar as partes deveres (chamado acessório, anexos, laterais) que não existiam no pacto contratual. Podemos pensar nos deveres de informação, de cuidado, de lealdade e cooperação, de sigilo, entre muitos outros. Os princípios de boa – fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo (STJ, REsp 590.336).

Ademais, como bem apontou Felipe Peixoto:

Os direitos fundamentais não são limitáveis contratualmente. Tal afirmação, um tanto turística, apenas muito recentemente começa a ter amparo na jurisprudência brasileira. Ou seja, um contrato, ainda que livremente firmado, pode ainda assim ser injusto¹⁰.

A boa – fé objetiva – positivada no Código Civil, sobretudo no art. 422 – pode ser culturalmente conectada ao direito alemão, cuja previsão a respeito da lealdade e da confiança tornaram-se boa parte do mundo, como paradigmas objetivos a serem seguidos nas relações negociais. O direito civil não protege, hoje, apenas

¹⁰ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 190.

aquilo que foi pactuado: vai além. Protege as expectativas legitimamente criadas, à luz de valores como cooperação e lealdade. Hoje, ademais, o dever de informar se incorporou ao direito contratual como o dever geral de conduta.

Muito dos novos fenômenos e funções do direito privado atual podem também ser traduzido pela teoria dos atos próprios, A teoria dos atos próprios, a rigor postula que *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode vir contra os próprios atos). Trata-se, a rigor, da proibição do comportamento contraditório. É mais das muitas manifestações da (cláusula geral) boa-fé objetiva. Aplicável, aliás, não só ao direito material, mas também processual. O STJ tem entendido, em sucessivas manifestações, que “o princípio da boa-fé objetiva proíbe que a parte assuma comportamentos contraditórios no desenvolvimento da relação processual, o que resulta na vedação *venire contra factum proprium*, aplicável também ao direito processual” (STJ, AgRg no REsp 1.280.482, Rel. Min. Herman Benjamin; Edcl no REsp 1.435.400, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 11/11/2014). Lembramos, a propósito, que o abuso de direito é ato ilícito, segundo o Código Civil (art. 187).

Vejamos algumas das expressões da boa – fé objetiva, em institutos que, antes de terem uma separação rígida, são convergentes, dialogam entre si. As Jornadas de Direito Civil, aliás, já assentaram no Enunciado nº 412: “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva”. Trataremos de cada um de modo autônomo com clareza.

2.6.1. *Venire Contra Factum Proprium*

Trata-se de princípio que veda o comportamento contraditório. O agir abrupto, agressor da boa-fé objetiva, causador de espanto e surpresa na outra parte. Cuida-se, em síntese, do dever de não agir em contradição com os próprios atos. A aplicação da teoria pode ocorrer em situações negociais variadas. Por exemplo, quando uma parte, intencionalmente ou não, faz crer que à outra parte que determinada formalidade não é necessária, incorrendo em contradição com seus próprios atos quando, mais tarde, pretende amparar-se nesse defeito formal para não cumprir sua obrigação; quando, apesar da nulidade, uma parte considera válido

o ato, dele se beneficiando, invocando a nulidade posteriormente por deixar de interessá-la¹¹. Trata-se de velho conhecido do direito civil, o instituto do *venire contra factum proprium nulli conceditur*. É odiosa, e viola a boa-fé objetiva, a conduta de quem usufrui de certa irregularidade enquanto é por ela beneficiado, alegando-a, porém, quando ela deixa de fazê-lo.

A doutrina tem se dedicado ao tema. Anderson Schreiber tem por pressupostos do instituto versado: a) um *factum proprium*, ou seja, uma conduta inicial; b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; d) um dano, ou pelo menos um potencial dano à partir da contradição.¹²

Não cabe, outrossim, invocar repentinamente uma cláusula contratual que as partes tacitamente, por largos anos, nunca cumpriram. Menezes Cordeiro lembra que o princípio traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente¹³.

2.6.2. *Supressio e Surrectio*

A *supressio* (*Verwirkung*) consiste na perda, causada pela inação, de determinado direito ou situação jurídica – o que geraria a legítima expectativa de que tal direito não mais seria exercido, à luz da boa-fé objetiva. A *supressio* veda, por exemplo, a pretensão de se exigir retroativamente valores que, em contratos de trato sucessivo, não foram cobrados (STJ, REsp 1.202.514, Rel. Min. Nancy Andrigui). No STJ já houve manifestação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no seguinte sentido:

Tenho como admissível a teoria da *supressio*, segundo a qual o comportamento da parte, que se estende por longo período de tempo ou se repete inúmeras vezes, porque incompatível com o exercício do direito, pode levar a que se reconheça a extensão desse direito, com base na boa-fé objetiva¹⁴.

¹¹ LÔBO, Paulo. *Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84/85.

¹² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: a tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 271).

¹³ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almeida, 1984, p. 745).

¹⁴ STJ, REsp 207.509, Relatora: Ministra Nancy Andrigui, Data de Julgamento: 16/04/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2013.

Já a *surrectio* (*Erwirkung*) consiste na situação correlata, isto é, no surgimento de direitos subjetivos ou situações a partir de determinada prática social. Pensemos, por exemplo, no locador aceita, de modo reiterado, que o pagamento do aluguel seja feito em local diverso daquele convencionado no contrato (o Código Civil, aliás, prevê no art. 330: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Porém a utilidade maior desses institutos são aqueles nos quais não há regra jurídica prevendo a situação). Digamos que determinada convenção de condomínio edilício proíbe animais, ainda que de pequeno porte (Código Civil, art. 1.334).

Em certo edifício, porém, uma senhora, que mora sozinha, tem um pequeno e tranquilo cão, que vive com ela há cerca de uma década, no mesmo edifício, com a anuência tácita dos demais condôminos. Em determinada reunião, porém, decide-se expulsar o cão, com base no dispositivo da convenção que nunca fora aplicado até então. Pode-se, em casos assim, invocar o instrumento da *surrectio*, ainda que não se trate, propriamente, de relação negocial na hipótese (não há relação contratual entre condôminos).

Ou, em outro exemplo, se o locador por muitos anos permite que sua locatária dê aulas de dança na casa alugada, embora o imóvel esteja alugado para uso exclusivo residencial e, a teor de cláusula contratual, não permita o desenvolvimento de atividade econômica alguma no interior do imóvel. Cremos que surgiu (*surrectio*), no caso, direito subjetivo, à luz da boa-fé objetiva, a continuar a ministrar as aulas de dança no imóvel, dentro de certa proporcionalidade.

Não é difícil notar que, em regra, *supressio* e *surrectio* são duas faces de uma mesma moeda. Há, enfim nos institutos versados – como em todo o direito contratual contemporâneo – a preocupação em tutelar as expectativas legitimamente criadas, à luz da boa-fé objetiva. A proteção da confiança veda condutas abruptas e comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*).

2.6.3. *Tu quoque, exceptio doli e exceptio non adimpleti contractus*

O *tu quoque*, de clara inspiração ética, busca evitar (juridicamente) que façamos a outrem o que não gostaríamos que nos fosse feito. Trata-se de categorial conceitual – como tantas outras do direito civil – que foi desenvolvida e delimitada pela doutrina e jurisprudência alemãs. Que por exemplo, contribuiu para que

determinado contratante não cumpra sua prestação contratual, não pode, por óbvio, invocar o descumprimento dessa prestação para resolver o negócio.

A expressão é inspirada na célebre passagem em que Júlio César – ao ser apunhalado, de surpresa, pelo folho adotivo – teria dito: “Até tu, Brutus, filho meu?” (*tu quoque Brutus filie mi*), utilizada inclusive por Shakespeare na peça *Júlio César*. O direito dos nossos dias busca evitar que, em nome do minúcias técnicas, as partes se vejam colocam em situações que traduzam surpresa, deslealdade, falta de cooperação. Lembremos, inicialmente, fora do campo jurídico, o caso de um deputado americano do Partido Republicano, então presidente da comissão Parlamentar do Congresso contra crianças exploradas, que – descobriu-se depois – era pedófilo.

O *tu quoque*, como é fácil perceber, é mais uma tentativa de se evitar o *venire contra factum proprium* e fazer prevalecer à boa – fé objetiva. Quer-se evitar a conduta desleal. Costuma-se oferecer como exemplo a *exceptio non adimpleti contractus*, categoria segundo o qual não podemos exigir que o outro contratante cumpra sua prestação se nós mesmos ainda não cumprimos a nossa (Código Civil, art. 476: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”).

Teresa Negreiros menciona que em relação ao *tu quoque* a boa-fé objetiva atua como guardiã da proporcionalidade contratual, impedindo que o contratante que descumpriu norma legal ou contratual venha a exigir do outro, ao contrário, que a cumpra¹⁵. A jurisprudência, porém, na hipótese, tem exigido corretamente: a) que haja certa proporcionalidade entre as prestações; b) além disso, *exceptio non adimpleti contractus* só tem lugar se o contrato não estabelecer qual a ordem de cumprimento das obrigações (se prever, ao contrário, qual contratante deve prestar primeiro, este não poderá alegar que não o fará porque o outro ainda não o fez).

É conhecida, no direito processual, a fórmula que prega lealdade e busca sancionar o comportamento contraditório. O CPC, aliás, previu, no art. 276: “Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”. Relevante citar também o art. 150 do Código Civil “Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo

¹⁵ NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.143.

para anular o negócio, ou reclamar indenização”. Também o art. 884, que proíbe o enriquecimento sem causa: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Cumpra lembrar, todavia que a grande importância da boa-fé objetiva e de todos esses conceitos e categorias são aquelas situações que não estão consagradas na lei. É aí que reside a admirável relevância da teoria dos atos próprios. Mencionamos, por fim, a *exceptio doli*. Esta consiste em usar a boa-fé objetiva como defesa, diante de ações que possam ser tidas como contrárias à boa-fé. Não se trata, em absoluto, de conceito novo, havendo referências já no primeiro século antes de Cristo. Cuidava-se de defesa oponível ao demandante que tivesse praticado um ato doloso, conforme o relato de Gaio¹⁶.

2.6.4. Duty to mitigate the loss

Trata-se do dever de mitigar o próprio prejuízo. Não é compatível com a boa-fé que o credor, por exemplo, por inércia, aumente as próprias perdas, para depois cobrá-las do devedor. Se digamos – como aconteceu em julgado pelo STJ, citando o princípio – o credor deixou o devedor na posse do imóvel por sete anos, sem cobrar o pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda, aumentando assim as próprias perdas.

As jornadas de Direito Civil cuidaram no assunto, ao elaborarem o Enunciado nº 169: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

2.6.5. A boa-fé objetiva no Código de Processo Civil

A boa-fé aparece expressamente apenas no art. 14, Inciso II do CPC vigente, tratando dos deveres dos sujeitos processuais.

No texto do CPC, a expressão é referida em pelo menos três dispositivos distintos, quais sejam: i) Art. 5º - como dever de todo e qualquer sujeito do processo;

¹⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. T. IV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 340.

ii) Art. 322, § 2º - como princípio norteador da interpretação do pedido formulado; iii) Art. 489, § 3º - como princípio norteador da interpretação das decisões judiciais.

Dessa forma, verifica-se que a boa-fé objetiva, seus deveres anexos (deveres de respeito, confiança, lealdade, cooperação, honestidade, razoabilidade etc) e seus conceitos parcelares (*venire Contra Factum Proprium*, *Supressio e Surrectio*, *tu quoque*, *exceptio doli e exceptio non adimpleti contractus*, *duty to mitigate the loss*), muito caros aos civilistas,¹⁷ ganham importância central também para a Teoria Geral do Processo.

Sobretudo a partir da publicação do Código Civil de 2002, os tribunais brasileiros passaram a prestigiar a boa-fé no campo do direito material, posicionando-a como tema principal dentro da teoria dos contratos. Eis o Enunciado nº 26 da I Jornada de Direito Civil do STJ/CJF: “A cláusula geral contida no art. 422 do CPC impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes”.

No campo do direito processual, também já se encontram decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça utilizando o princípio da boa-fé para interpretar a conduta das partes (STJ, AgRg no REsp nº 1.439.136 e REsp nº 1.119.361). Nesse sentido, é dever dos sujeitos processuais se comportar conforme a boa-fé, expressando a verdade em suas manifestações, colaborando para com a rápida solução do litígio (art 6º, CPC) e utilizando, sem abuso, seus poderes processuais.

A litigância de má-fé permanece com as mesmas hipóteses já existentes no vigente art. 17 (art. 80, I a VII, CPC). O texto para a multa, entretanto, em vez do atual 1% do valor da causa, irá para 10% do valor corrigido da causa (ou 10 salários mínimos nos casos de valor da causa irrisório ou inestimável), além da possível indenização para a parte prejudicada (art. 81 do CPC).

Por fim, cabe ressaltar que CPC vai além, trazendo o princípio da boa-fé também para o campo hermenêutico, a nortear a interpretação dos pedidos formulados perante o Judiciário e das próprias decisões judiciais.

Isso trará efeitos práticos, sobretudo, no âmbito recursal, no qual o tribunal deverá decidir desde logo o mérito quando, por exemplo, interposta a apelação e a

¹⁷ Cf. TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2014.

causa estiver em condições de imediato julgamento, decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir (art. 1.012, § 3º, II).

Também para a hipótese de ajuizamento de ação rescisória fundada em violação de norma jurídica (art. 966, V, do CPC), o princípio da boa-fé, como norma jurídica que é, poderá ser invocada como fundamento para a rescisão.

2.7. PRINCÍPIO DO REPÚDIO AO ABUSO DE DIREITO

É o princípio que veda às pessoas o exercício arbitrário e abusivo das faculdades que a ordem jurídica lhes confere. O direito atual não tolera o exercício imoderado das faculdades jurídicas. O art. 187 do Código Civil considera ilícito o abuso de direito, imputando a responsabilidade civil (Código Civil, art. 927), a quem assim agir (ou deixar de agir). Por exemplo, é abusiva a cláusula contratual que determina que a devolução dos valores, em caso de desistência na compra de imóvel, só se dará após o término das obras (STJ, AgRg no REsp 1.238.099).

Importante, como pano de fundo de tudo que foi dito – em relação aos princípios atuais – é a constatação do caráter normativo dos princípios. Ou seja, é a progressiva percepção na doutrina e jurisprudência, de que os princípios são normas jurídicas, isto é, ostenta força obrigatória e vinculante. Para ficarmos num único exemplo, tomamos a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, cuja força normativa pode tornar inválidas quaisquer normas – leis, atos normativos infra legais ou contratos – que contrariem suas orientações.

3. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL OU ADIMPLEMENTO MÍNIMO

3.1. O SURGIMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial tem sua origem na doutrina e na jurisprudência inglesa, que a partir de 1779 desenvolveu a doutrina da “*substancial performance*”. Atualmente, os autores ingleses, tomando como fundamento a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo não cumprimento da prestação, formulam três requisitos para admitir a *substancial performance*: a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente¹⁸.

No Direito inglês, há alguns precedentes antigos, sendo o relator *Lord Mansfield* o responsável pelo desenvolvimento da noção de condição precedente para tratar das obrigações que dependem do adimplemento da outra parte para poderem surgir¹⁹.

Um bom exemplo disso está no caso *Boone v. Eyre* (1777), que teve por objeto um contrato celebrado por meio do qual o autor (Boone) entregaria uma fazenda e seus escravos, ao passo em que o réu (Eyre) pagaria o preço de 500 libras, somado a prestações anuais de 160 libras, com caráter perpétuo. Boone alienou a propriedade, mas não tinha direitos de transferir os escravos. Eyre, em um típico caso de *exceptio non adimpleti contractus*, sobrestou o pagamento das prestações anuais. Ao decidir o caso, Lord Mansfield entendeu que a obrigação de dar a coisa (os escravos) não seria uma condição precedente em face da obrigação de pagar as prestações anuais perpétuas. O preço já havia sido pago. Restaria apenas a conversão em perdas e danos²⁰.

Trazendo para uma linguagem mais familiar ao Direito Civil brasileiro, pode-se dizer que, em face do adimplemento substancial, o direito potestativo à resolução do

¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.72.

¹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit. p. 71.

²⁰ A íntegra do precedente inglês pode ser encontrada aqui: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/2417>. Acesso em 29/03/2019.

negócio não pode ser exercido em qualquer hipótese de inadimplemento. Essa é a tradução da solução de *common law* para os padrões linguísticos de *civil law*.

Otávio Luiz Rodrigues Junior, em seu livro sobre a revisão judicial de contratos²¹, citando a obra de Edward Errante, refere-se a um exemplo hipotético de adimplemento substancial, que também permite compreender essa doutrina em sua concepção inglesa. As aspas correspondem ao texto do professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco e também coordenador da coluna Direito Civil Atual: a) Uma empreiteira foi contratada para construir uma mansão, “tendo o contratante fornecido o projeto e as especificações da obra”. No prazo de sua entrega, a empreiteira “apresentou a casa ao proprietário, ficando evidente a observância de todas as indicações arquitetônicas e o uso dos materiais acordados, exceto por faltarem maçanetas em duas portas”; b) Nesse caso, “considerou-se ter havido o cumprimento substancial da obrigação” pela empreiteira, “dada à insignificância das maçanetas no contexto da empreitada”; c) Assim, o contratante “não estaria liberado da prestação que lhe imputava o contrato – que é o pagamento da obra. Ser-lhe-ia lícito, porém, deduzir o valor das peças ausentes e o custo da instalação por terceiros”; d) De tal modo, em situações tais, a parte não poderá resolver a avença invocando a exceção do contrato não cumprido e será compelida a cumprir a sua respectiva prestação.

Porém, reserva-se a esse contratante o direito à parcela faltante ou às perdas e danos exclusivamente em relação à *performance* imperfeita do contrato.

É muito importante e necessário dizer que, no Direito inglês, no século XX, há poucos julgados que utilizam a *substantial performance*. Esse caráter rarefeito indica que, em sua origem, o instituto é usado com parcimônia e extremo cuidado. Os magistrados ingleses salientam que a regra é o cumprimento estrito dos contratos e que a ideia de que parcelas mínimas de uma obrigação não poderiam admitir o exercício de um direito potestativo resolutivo pleno está centrada no juízo de equidade, que desde os tempos de Henrique VIII serve para temperar os rigores do direito estatutário.

Não se pode, desse modo, aplicar a noção criada pelos ingleses sem que se desconsidere seu contexto histórico e sua visão restritiva. Outrossim, a vinculação

²¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 72.

do adimplemento substancial inglês com a boa-fé objetiva, em sua concepção atual, é um equívoco que muitos reproduzem, ignorando que se trata de uma doutrina do século XVIII, quando nem mesmo na Alemanha se havia cogitado uma cláusula geral como a da boa-fé objetiva, nos moldes de seu desenvolvimento na segunda metade do século XIX.

Essa comparação se torna ainda mais curiosa quando se atravessa o Canal da Mancha e se adentra ao Direito Continental, mais próximo a nossa realidade.

Veja-se, por exemplo, o caso da Itália.

O Direito italiano recepcionou a doutrina da *substancial performance*, com disposições no Código Civil. O adimplemento substancial tem por efeito não permitir o exercício do direito de resolução ao credor em face ao inadimplemento de pouca importância. Na Itália, os requisitos são objetivos, previstos em lei e se espraiam por tipologias negociais distintas.

A presença do adimplemento substancial na legislação, como se dá na Itália, diminui os custos argumentativos para seu uso pelo juiz, ao mesmo tempo em que limita seu emprego para além das bordas legais conhecidas de todos. Tem-se, portanto, maior segurança jurídica e um desestímulo à judicialização. As partes conhecem os limites de suas condutas e, por efeito, de suas pretensões.

3.2. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO NO DIREITO BRASILEIRO, SOB O PRISMA DO STJ

Segundo o clássico conceito de Clóvis do Couto e Silva:

Adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé²².

A doutrina do adimplemento substancial é uma construção do Direito inglês, que remonta ao século XVIII, mas com crescente interesse no Brasil nas últimas três décadas. A recepção do adimplemento substancial no Direito Civil brasileiro é, em grande medida, resultado das lições do então professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. Em

²² O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: RT, 1980, p. 56.

suas aulas na pós-graduação, Clóvis do Couto e Silva apresentou a seus discentes vários institutos do Direito Comparado, como a violação positiva do contrato, a perturbação das prestações, a quebra da base do negócio e o adimplemento substancial. Um de seus mais brilhantes alunos era Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

É por essa razão que os primeiros acórdãos a tratar sistematicamente desses temas no país foram de relatoria do desembargador Ruy Rosado, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Anos depois, quando nomeado para o Superior Tribunal de Justiça, o ministro Ruy Rosado trouxe para o cenário jurisprudencial nacional esses institutos e figuras jurídicas.

O primeiro acórdão do STJ sobre o tema data de 1995, relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. É o Resp 76.362/MT, julgado em 11 de dezembro de 1995 pela 4ª Turma, com publicação no DJ 1º de abril de 1996. O caso já é clássico e seu resumo é este: a) dois segurados promoveram ação de cobrança para receber a cobertura securitária devida em razão de acidente de veículo; b) os segurados deixaram de pagar a última parcela na data do sinistro, o que foi confessado na inicial; c) apreciada a ação pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, entendeu a corte que o segurado tinha “obrigação primordial” de pagar o “prêmio do seguro”. Sem isso, nada poderia exigir da seguradora, na hipótese de se achar em estado de inadimplência.

No STJ, com base nas lições de Clóvis do Couto e Silva, o relator ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. deu provimento ao recurso utilizando-se da doutrina do adimplemento substancial. Segundo ele “a companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com sua obrigação, não sendo sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio”.

Posteriormente, em outras ocasiões, a jurisprudência teve oportunidade de reafirmar a consagração da teoria. Em caso de contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) para a aquisição de veículo, tendo sido pagas quase todas as parcelas devidas, julgou-se – com base na teoria do adimplemento substancial, permeada pela boa-fé objetiva e pela função social do contrato – que não caiba, no caso, ação

de reintegração de posse, o que mostra desproporcional diante do débito remanescente. O STJ frisou, nessa linha, que “a teoria 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” (STJ, REsp 1.051.270, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão 4ª Turma, DJ 05/09/2011).

Observe-se que a dívida não paga permanece podendo ser cobrada – teríamos, do contrário, amplo campo para fraudes. Apenas se diz que o caminho cômodo usado pelas instituições financeiras, de tomar o bem de volta compulsoriamente, não se mostra adequado diante do montante que foi pago da dívida. Melhor é que o credor cobre, com meios menos gravosos e mais proporcionais. O STJ, mais tarde, reafirmou a adoção da teoria do adimplemento substancial, em ação que buscava a reintegração de posse de 135 carretas, objeto de contrato de *leasing*, após o pagamento de 30 das 36 parcelas ajustadas (STJ, REsp 1.200.105, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJ 27/06/12).

Tem sido igualmente afirmada, nas vias jurisprudenciais, que é possível ao devedor discutir a ilegalidade das cláusulas contratuais na própria ação de busca e apreensão em que a financeira pretende retomar o bem adquirido. É o entendimento do STJ, por sua Segunda Seção (STJ, REsp. 267.758, julgado 04/05/05). A Ministra Nancy Andrighi, em voto-vista, ponderou que seria pouco razoável reconhecer determinada nulidade num contrato garantido por alienação fiduciária e não declará-la apenas por considerar a busca e apreensão uma ação de natureza sumária.

Porém, posteriormente, em 2017, o STJ passou a entender – em oposição que acreditamos ser equivocada – que a teoria do adimplemento substancial não se aplica aos contratos de alienação fiduciária (em clara modificação do entendimento anterior, que assim aceitava). Os argumentos para justificar a mudança de entendimento foram pouco consistentes, em nossa opinião. Traduzem interpretação de espantoso literalismo. São eles: a) o Decreto – Lei nº 911/1969 não traz qualquer restrição à busca e apreensão do bem (nem seria de se esperar que o fizesse, dizemos nós); b) seria incongruente inviabilizar a busca e apreensão do bem, “quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente” (STJ, REsp 1.622.555, Rel. para o acórdão Marco Belizze, Segunda Seção, DJ 16/03/2017).

No mesmo julgado o STJ destacou que “a propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial”.

O julgado frisou que “a aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais”. Convém lembrar que na realidade brasileira – em que o desemprego atinge mais de 13 milhões de pessoas, em número de 2017 – a imensa maioria dos cidadãos não deixa de pagar certas parcelas das dívidas por dolo, mas, ao contrário, por absoluta falta capacidade financeira para fazê-lo.

No entanto, a decisão não muda o fato de a teoria do adimplemento substancial ter total validade em nosso ordenamento jurídico, devendo ser utilizada no contexto contratual e merecendo total amparo jurisdicional, sobretudo por ser essencialmente parte dos princípios que regem os contratos.

Nessa esteira, percebe-se que se trata de um adimplemento tão próximo do resultado final que, tendo-se em vista que a conduta das partes exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização. Não é justo resolver o contrato nesse caso de inadimplemento mínimo, pois estaríamos violando a função social e a boa-fé objetiva.

Em síntese, rejeitar-se-á a resolução do vínculo obrigacional sempre que a desconformidade entre a conduta do devedor e a prestação estabelecida seja de pouca relevância.

Com efeito, tamanha é a discussão sobre esse tema, que foi aprovado o Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil:

Enunciado 361: Arts. 421, 422 e 475. 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 a aplicação do art. 475

O enunciado é claro e, portanto, fala por si só. Embora não haja previsão na lei, o adimplemento substancial pátrio é baseado nos princípios basilares que devem reger toda relação jurídica, em observância, sobretudo, da função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva.

3.3. O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE INADIMPLEMENTO

A percepção da relação obrigacional como relação complexa (a abranger, além dos deveres de prestação, diversas outras situações jurídicas subjetivas, dentre as quais os deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva), funcionalizada (concebida não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento de cooperação social dirigido à satisfação do interesse legítimo das partes) e que se desenvolve necessariamente como um processo (formada por uma série de atos que se ligam com interdependência, orientados a certo fim), provocou profunda transformação na concepção de adimplemento e, conseqüentemente, na teoria do adimplemento.

Abandona-se, em definitivo, a concepção estrutural do adimplemento, segundo a qual bastava a simples execução da prestação principal para que se considerasse o devedor adimplente, em favor da perspectiva funcional, a exigir, para a configuração do adimplemento, o cumprimento da prestação devida em concreto, que pressupõe, além da execução do comportamento dirigido à execução da prestação principal, a observância de todos os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional que se façam instrumentalmente necessários ao efetivo atendimento do escopo econômico da relação, satisfazendo, assim, o interesse objetivo do credor. E como adimplemento e inadimplemento se conectam lógica e funcionalmente, é inevitável que todas as mudanças referidas repercutam sobre a teoria do inadimplemento. Nessa direção, reputar-se-á inadimplente o devedor que não cumpra o dever principal de prestação ou quaisquer dos deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, o inadimplemento corresponde à inexecução da prestação satisfativa, e não ao mero descumprimento da prestação principal.

Sob tal perspectiva, valoriza-se o aspecto objetivo do inadimplemento, que se individua na não satisfação do interesse do credor, e se altera de maneira significativa a compreensão das espécies de inadimplemento, classificado dicotomicamente em inadimplemento absoluto e mora. Configura-se o primeiro quando a prestação devida, após o nascimento da obrigação, não puder mais ser realizada ou, podendo sê-lo, não mais interessar ao credor. A prestação é, portanto,

irrecuperável.²³ Por outro lado, haverá apenas mora se a prestação devida, apesar de não cumprida no tempo, lugar ou modo ajustado, ainda for de possível execução para o devedor e útil para o credor, nos termos do art. 394 do Código Civil.

O legislador conferiu à mora conceito amplo, a abarcar não apenas a violação do prazo, mas também do lugar e da forma contratualmente fixados. Sendo assim, além da demora, a mora também resta configurada quando o devedor não observa o lugar em que deva prestar, ou presta de forma diversa da pactuada,²⁴. Como anota Agostinho Alvim, é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um retardo, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma – art. 955).

A impossibilidade ou inutilidade se refere, sempre, à prestação devida, e não apenas à prestação principal. Por conseguinte, se o descumprimento de dever de conduta ou de dever principal impossibilitar ou tornar inútil a prestação para o credor de acordo com a concreta economia contratual, configurado estará o inadimplemento absoluto. Por outro lado, se desse descumprimento resultar somente cumprimento imperfeito da prestação devida, sem, contudo, retirar-lhe a utilidade que dela espera objetivamente, sem comprometer o fim do negócio, estar-se-á diante de mora.

É, precisamente, nessa ambiência que se impõe a análise da Teoria do Adimplemento Substancial, relativa às hipóteses em que a discrepância entre a prestação efetivamente executada e a prestação devida não impede, no contexto da concreta relação contratual, a possibilidade de satisfação do interesse do credor, consubstanciado na realização do resultado útil programado.²⁵ Significa dizer que,

²³ ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 102.

²⁴ A rigor, sob certo sentido, a mora sempre será um atraso culposo. Mesmo na hipótese em que o devedor cumpre no tempo certo, mas no lugar ou forma diversa do pactuado, haverá, sim, atraso da prestação devida, vale dizer, da prestação satisfativa, uma vez que esta não restou adimplida. O cumprimento imperfeito não é o cumprimento devido, pelo que se pode entender haver, neste caso, atraso no cumprimento da prestação devida, entendida como aquela que abarca os deveres de prestação bem como os de conduta.

²⁵ “No caso do direito das obrigações, o interesse é a relação entre o contratante e a prestação. Teremos, portanto, uma prestação útil ao credor sempre que ela seja capaz de suprir a sua necessidade e dar-lhe o proveito que visa a obter com o contrato. Dessa forma, a prestação será útil quando for apta a atingir o fim almejado” (COGO, Rodrigo Barreto. A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 225).

posto não se execute a prestação efetivamente devida, a relação obrigacional ainda é capaz de promover a realização do escopo econômico perseguido pelo credor.

Além disso, o exame há de ser, sobretudo, qualitativo, a fim de verificar “se o cumprimento não integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto”,²⁶ e não apenas quantitativo baseado na porcentagem da prestação cumprida pelo devedor.

Em verdade, partindo-se da classificação dicotômica do inadimplemento, cuida-se o adimplemento substancial de mora, uma vez que a prestação ainda é possível e útil para o credor.²⁷ Trata-se, pois, de espécie de mora, em que a prestação executada pelo devedor não impede a promoção do interesse do credor. A partir daí, duas conclusões se afiguram inevitáveis.

Em primeiro lugar, em caso de adimplemento substancial, afasta-se a aplicação dos remédios voltados à tutela do credor em caso de inadimplemento absoluto, a exemplo da resolução da relação obrigacional. Dito de outro modo, a impossibilidade de resolução em caso de adimplemento substancial decorre do fato de se tratar, o adimplemento substancial, de espécie de mora, no âmbito da qual não se faculta ao credor o exercício daquele direito postestativo, cujo suporte fático é o inadimplemento absoluto.

Ademais, executando o devedor comportamento em desacordo com a prestação devida incapaz de afastar, no contexto da concreta dinâmica contratual, o interesse do credor na relação obrigacional, excluída está a possibilidade de a mora

²⁶ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 32, p. 20-21, 2007. O aspecto qualitativo não se refere, em definitivo, à qualidade da conduta do devedor, ao contrário do que propõe Joel Felipe Lazzarin: “No caso do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, a verificação de tais elementos pressupõe, portanto, a substancialidade do cumprimento da obrigação, não apenas pelo critério quantitativo (pagamento de pelo menos 70% do preço), mas pelo critério qualitativo, o qual haverá de ser aferido pela conduta adotada pelo devedor do preço, durante o lapso temporal em que perdurar a relação contratual. Mostrou-se ele imbuído, desde o início, do espírito de cooperação preconizado pelo princípio? Deu mostras concretas de que sua intenção era cumprir a sua obrigação contratual, qual seja, pagar integralmente o preço ajustado, e que tal somente não lhe foi possível em razão de circunstâncias adversas indesejadas? Sendo esse o caso, dúvida não há quanto à legitimidade de o promissário comprador que pagou 70% ou mais das parcelas ajustadas invocar a teoria em seu benefício, como forma de evitar o desfazimento do negócio” (LAZZARINI, Joel Felipe. Aplicação da teoria do adimplemento substancial segundo a baliza da boa-fé objetiva. Revista Jurídica, n. 400, p. 59-60, 2001).

²⁷ Judith Martins-Costa parece reconhecer que o adimplemento substancial configura mora. De acordo com a autora, a teoria “bem mostra que, por vezes, a virtude está no meio: nem o contrato é resolvido nem o credor é prejudicado, pois o devedor deve pagar perdas e danos pelos prejuízos causados pela mora” (MARTINSCOSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações, cit., p. 230).

se converter em inadimplemento absoluto, como, de regra, pode acontecer no comum dos casos.

Assim sendo, a teoria tornou possível avaliar se o sacrifício imposto ao devedor pelo remédio requerido pelo credor é proporcional ao sacrifício causado pelo descumprimento da prestação ao seu interesse. Nessa direção, a Teoria do Adimplemento Substancial permite, por exemplo, afastar a prorrogação da responsabilidade do devedor pelo fortuito, nos termos do artigo 399 do Código Civil, quando a repercussão da mora sobre o resultado útil perseguido pelo credor for de pouca monta, sob pena de lhe ser imposto sacrifício desproporcional.

Em definitivo, a Teoria do Adimplemento Substancial protege o devedor ao impedir que o credor lhe imponha remédios que causarão sacrifícios desproporcionais à lesão que o descumprimento causou ao seu interesse na prestação. No entanto, não encerra salvo – conduto para que o devedor se exima das obrigações contratualmente assumidas, afinal, *pacta sunt servanda*. O credor sempre poderá exigir o cumprimento da prestação devida; os demais efeitos da mora, no entanto, só serão aplicáveis se proporcionais àquele desacordo.

4. PROCESSO DE EXECUÇÃO PATRIMONIAL

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A execução é atividade predominantemente executiva, ou seja, aquela que possui como escopo a satisfação forçada de um direito de crédito, sendo, de acordo com o doutrinador Candido Rangel Dinamarco, “um conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejando concretamente pelo direito objetivo material”.²⁸ A função jurisdicional não obtém apenas o dever de julgar, mas também de impor providencias destinadas a modificar determinadas situações que apresentem um direito não satisfeito.

Nessa diapasão, o ideal era que a atividade jurisdicional não precisasse ir mais adiante. Apontada a parte vencedora (ou mesmo sendo esta reconhecida por título idôneo constituído no plano extrajudicial), a parte vencida deveria, espontaneamente, satisfazer o direito daquela.

Se tudo corresse dessa forma, não haveria que se falar em atividade jurisdicional de execução. Entretanto, não é assim que ocorre no mais das vezes. Surge, daí, a necessidade de a atividade jurisdicional se aparelhar de atos, termos e meio capazes de efetivar o comando judicial (ou contido no título executivo extrajudicial), para satisfazer o direito subjetivo de quem couber nos casos de títulos não autossuficientes.

É o que se chama de processo/fase de execução. Trata-se de verdadeira prestação jurisdicional a proporcionar que o direito subjetivo do exequente seja satisfeito da forma possível, a mais se aproximar do cenário onde aquele não tivesse sido desrespeitado pela parte executada.

A atividade jurisdicional de execução deve ser impulsionada pela existência de título executivo judicial ou extrajudicial. Seja qual for a natureza do título, conquanto se verifique a predominância de atos típicos da execução, pode-se verificar posterior atividade cognitiva. Porém, a natureza do título define a amplitude

²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23ª Edição. Vol. II, 2014, pag. 87.

da cognição na execução. Se fundada em título executivo judicial, as matérias de cognição são mais restritas do que se fundada em título executivo extrajudicial.

Em face disso, e em se considerando a desnecessidade de repetir disposições comuns, o Código de Processo Civil estabeleceu no art. 771 que o livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.

O parágrafo único do art. 771 complementa dispondo que se aplicam subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial.

Há, portanto, recíproca interação entre os dispositivos relativos aos procedimentos especiais de execução, ao cumprimento de sentença, ao processo de execução de títulos extrajudiciais e ao processo de conhecimento.

Enunciado 12 do FPPC: A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I II.

Enunciado 444 do FPPC: Para o processo de execução de título extrajudicial de obrigação de não fazer, não é necessário propor a ação de conhecimento para que o juiz possa aplicar as normas decorrentes dos arts. 536 e 537.

Enunciado 450 do FPPC: Aplica-se a regra decorrente do art. 827, §2º, ao cumprimento de sentença.

Enunciado 545 do FPPC: Aplicam-se à impugnação, no que couber, as hipóteses previstas nos incisos I e III do art. 918 e no seu parágrafo único.

Com o sincretismo processual e a convivência de atos cognitivos e executivos no mesmo processo, o cumprimento de sentença dará continuidade ao processo rumo à execução do título judicial.

4.2. PRINCÍPIOS

A execução é guiada por alguns princípios setoriais. Dentre eles, podem-se enumerados:

4.2.1. Patrimonialidade:

Ao longo dos tempos, à execução superou a responsabilidade pessoal para abrir espaço à responsabilidade patrimonial. Quem responde pelo cumprimento da obrigação é o patrimônio da parte executada e não a sua pessoa (Art. 789 do CPC).

Poder-se-ia até defender que, na hipótese excepcional do devedor de alimentos, admite-se a prisão civil como medida coercitiva para alcançar o pagamento da prestação alimentícia. A ser assim, não há responsabilidade, também aí, do executado, mas, sim, de seu patrimônio, pois, quando, por intermédio dele, for adimplida a obrigação (no caso alimentar), que ela se extinguirá.

Relativamente ao infiel depositário, não mais se admite a prisão civil como medida coercitiva. Nesse sentido, apontam a súmula vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal (“É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”) e enunciado 419 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”).

O Supremo Tribunal Federal decidiu que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no sistema jurídico, estando abaixo da Constituição, entretanto, acima das demais leis.

4.2.2. Exato adimplemento

A execução, em razão da garantia de acesso qualificado à prestação jurisdicional, deve proporcionar um cenário onde o direito subjetivo do exequente não tivesse sido desrespeitado. Deve proporcionar o transporte do exequente ao *status quo ante* à violação ou ameaça de seu direito. Busca-se estabelecer o

adimplemento da obrigação pelo executado, como se ela tivesse sido espontaneamente cumprida.

Não se deve, pela prestação jurisdicional, proporcionar-se nem menos, e sim precisamente a satisfação, pelo executado, daquilo que é devido ao exequente. Entretanto, não sendo possível o alcance do exato adimplemento (tutela específica ou tutela pelo equivalente), ou quando o exequente assim preferir, a execução de obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa podem ser convertidas em perdas e danos. Sob o ponto de vista do devedor, cumprida a obrigação, a execução não mais poderá se estender.

4.2.3. Disponibilidade do processo pelo exequente

Diferentemente do que acontece na fase de conhecimento, na execução, se não tiverem sido opostos embargos (ou apresentada impugnação), o exequente pode pedir desistência (total ou parcial) independentemente do consentimento do executado (STJ, REsp 49351/SP. DJU 30/06/03). Isso ocorre justamente porque a execução visa a satisfazer o direito do exequente.

A desistência pode ser adstringir algum (alguns) ato (s) da execução, como, por exemplo, a desistência da penhora incidente sobre determinado bem (STJ, REsp 172032/RS. DJU 21/06/99). Inclusive, se opostos embargos ou apresentada impugnação ao cumprimento de sentença, se eles não versarem sobre questão de fundo, a desistência ainda é opção exclusiva da parte exequente.

Mas, se o questionamento apresentado pelos embargos ou pela impugnação ao cumprimento da sentença disser respeito àquela questão (de fundo), a desistência estará condicionada à concordância do embargante ou do impugnante (art. 775 do CPC). Apesar disso, a recusa ao pedido de desistência deve ser fundamentada e justificada. Não basta simples alegação de discordância, sem a indicação de motivo relevante (STJ, REsp 241780/PR. DJU 03/04/00).

Se o pedido de desistência for formulado após a oposição de embargos ou apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença (STJ, EDcl no AgRg no REsp 438067/RS. DJU, 19/12/02), ou mesmo da indicação de bens à penhora (STJ, REsp 285347/SP. DJU 05/03/01), à parte exequente caberá o pagamento do ônus da sucumbência à execução, tendo em vista a causalidade.

Diga-se em tempo que a desistência da execução não importa necessária renúncia à prestação (STJ, REsp 263718/MA. DJU 20/05/02). Caso seja do interesse do exequente, ele desde que respeitado o prazo prescricional e pagas as despesas processuais, pode executar depois a prestação (STJ, REsp 715692/SC. DJU 15/08/05). Em razão disso, é importante reafirma-se o texto do enunciado 150 da súmula do STF: “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

4.2.4. Utilidade

A execução só se justifica se ela puder proporcionar algum proveito à parte exequente. Tanto é que a ausência de bens penhoráveis justifica a suspensão da execução (art. 921, III, do Código de Processo Civil). E ainda que eles (bens penhoráveis) existam, mas se forem suficientes apenas ao pagamento das custas da execução, não se levará a efeito a penhora, conforme dispõe o art. 836 do Código.

Isso não quer dizer que, apesar de diminuto o valor do crédito, ele não possa ser executado. Não é isso. Alia, compreender dessa forma seria alijar a garantir de acesso à prestação jurisdicional. Contudo, não se pode desconhecer que alguns entes da Federação não executam créditos de valores diminutos, mas, tal se trata de uma deliberação exclusivamente na sua convivência.

4.2.5. Realização em benefício do exequente

A execução deve satisfazer ao interesse do exequente, que aparentemente, em razão da certeza da obrigação reconhecida pelo título executivo, é quem deve ser contemplado pela prestação jurisdicional satisfativa. Em favor dele (do exequente), deve ser adimplida, pelo executado, a obrigação, conforme estabelece o art. 797 do Código de Processo Civil.

Tanto é que o legislador, influenciado pelo modelo cooperativo de processo reforça e aumenta os poderes do juiz no curso da execução (art. 772 do CPC), com vistas a operar, em tempo razoável, uma atividade jurisdicional executiva mais efetiva. Nessa esteira, o juiz, como o responsável pela condução do processo, poderá, em qualquer momento da marcha processual, adotar as seguintes medidas:

a) ordenar o comparecimento das partes; b) advertir o executado de que seu procedimento constitui ao atentatório à dignidade da justiça; c) determinar que os sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável.

4.2.6. Menor onerosidade

Quando o exequente, por vários meios igualmente eficazes, puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado (art. 805 e art. 829, § 2º, ambos do CPC). A agir assim, o juiz, além de garantir a satisfação da obrigação, também respeita a dignidade da pessoa do executado.

A menor onerosidade não guarda antinomia com a realização da execução em benefício do exequente, aquele porque somente orientará a atuação processual quando diante de meios igualmente eficazes. Se não for verificada essa equivalência, deve-se seguir a execução para atender os interesses do exequente.

Assim, por exemplo, o executado é proprietário de dois imóveis, com as mesmas características, sendo que, em um, ele reside e, no outro, apenas guarda bens de sua propriedade. Nessa situação, deve-se, em razão da menor onerosidade, realizar a penhora sobre o imóvel que não serve de residência, pois tal forma de situação é igualmente eficaz.

4.3. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO ÂMBITO DO CPC

Para o cumprimento de sua obrigação, o executado não responde pessoalmente. A responsabilidade recai sobre o seu patrimônio (bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei). Poderá, igualmente, em determinadas ocasiões, recair sobre patrimônio de terceiro, considerando-se que a responsabilidade patrimonial não se confunde com legitimação passiva para a execução.

A responsabilidade limita-se ao necessário e ao suficiente para satisfazer a obrigação, razão pela qual o valor do bem penhorado deve ser sempre corretamente

aferido²⁹. Pela mesma razão, o exequente, que estiver, por direito de retenção, na posse de coisa pertencente ao executado, não poderá promover a execução sobre outros bens se não depois de excutida a coisa que se achar em seu poder.

A responsabilidade patrimonial não pode ir ao ponto de arruinar a vida de outrem. Uma parte do patrimônio pode ser essencial à manutenção da dignidade da pessoa humana, é preservada pela impenhorabilidade legal. Em relação a esse ponto, comparativamente, ao anterior Código, o CPC/2015 promove alteração importante. Ele deixa claro que as impenhorabilidades não são absolutas, quando, no art. 833, apenas dispôs que são “impenhoráveis” (diferentemente do que ocorreria com o art. 649 do CPC/1973, que dizia ser “absolutamente impenhoráveis”).

O art. 833 lista os seguintes bens como sendo impenhoráveis: a) Os bens inalienáveis (a exemplo dos bens públicos), bem como os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução (a exemplo dos casos de doação a termo, desde que não seja excessivamente benéfica, e nos relacionados em eventual negócio jurídico processual firmado entre as partes); b) Os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; c) Os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; d) os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal (ressalvada hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 salários mensais); e) Os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; f) O seguro de vida; g) os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem

²⁹ STJ - REsp: 71960 SP 1995/0040417-6, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 25/03/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 14/04/2003 p. 206RSTJ vol. 167 p. 255.

penhoradas; h) a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família.

Tratando-se de bem de família que se constitua em imóvel rural, é possível que se determine a penhora da fração que exceda o necessário à moradia do devedor e de sua família³⁰. a) os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social³¹; b) a quantia depositada em caderneta de poupança (ou em qualquer outra aplicação financeira – STJ. REsp 1.230.060/PR. DJe 13/08/2012), até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; c) os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; d) os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

Com relação às letras b e c a opção do legislador ao utilizar expressões como “elevado valor,” “ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”, de modo a, em hipóteses excepcionais, autorizar a realização de penhora nos bens respectivos, modo, a, em hipóteses excepcionais, autorizar a realização de penhora nos bens respectivos, deixou margem a subjetivismos. Enquanto não delimitado o alcance das referidas expressões pelos tribunais superiores, que, aliás, podem ser variantes de região para região, entendimentos pelos tribunais superiores, que, aliás, podem ser variantes de região para região, entendimentos divergentes continuarão sendo adotados pelos tribunais locais.

Concernente à letra d, a impenhorabilidade das verbas relacionadas não é oponível ao pagamento de prestações alimentícia, independente de sua origem.

Nesse contexto, “vencimentos”, “soldos”, “salários”, “remunerações” “proventos de aposentadoria”, “pensões”, “pecúlios” e “montepios”, “quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família”, “ganhos de trabalhador autônomo” e “honorários de profissional liberal” devem ser entendidas na contemporaneidade do recebimento de cada uma delas bem como pela destinação realizada.

³⁰ STJ - REsp: 1237176 SP 2011/0031420-0, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 04/04/2013, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 10/04/2013.

³¹ STJ - REsp: 1324276 RJ 2012/0053367-9, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 04/12/2012, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 11/12/2012.

Quase a totalidade do patrimônio de uma pessoa é constituída pelas verbas encimadas. A imobilização no transcurso de tempo e, de igual modo, a destinação realizada, importa transubstanciação da natureza daquelas. O “vencimento”, com o passar do tempo, passa a ser aplicação financeira ou reserva financeira superior a 40 salários mínimos. O “saldo” destinado à aquisição de veículos automotor, muda de natureza. Não fosse assim, o patrimônio de uma pessoa nunca poderia ser penhorado (exceção para fins de pagamento de prestação alimentícia), o que acabaria por ensejar a completa ausência de efetividade da atividade jurisdicional executiva.

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido, em alguns casos, pela impenhorabilidade, como acontece com o saldo existente em conta salário, especificamente³². Mas, de uma forma geral, o Superior Tribunal de Justiça entende que “a remuneração a que se refere esse inciso é a última percebida pelo devedor, podendo a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte, a natureza impenhorável. Dessa forma, as sobras, após o reconhecimento do salário do período seguinte, não mais desfrutam da natureza de impenhorabilidade, quer permaneçam na conta corrente destinada ao recebimento da remuneração, quer sejam investidas em caderneta de poupança ou outro tipo de aplicação financeira”³³.

Ainda quanto à hipótese na letra d, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “o saldo depósito em fundo de previdência complementar na modalidade Plano Gerador de Benefícios Livres (PGBL) é impenhorável, a menos que sua natureza previdenciária seja desvirtuada pelo participante”. Explicou que, “embora não se negue que o PGBL, permite o resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante (art. 14, III, da LC 109/2001), essa faculdade concedida ao participante de fundo de previdência privada complementar não tem o condão de afastar, de forma inexorável, a natureza essencialmente previdenciária e, portanto, alimentar, do saldo existente. Por isso, a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de

³² STJ. RMS 2697/BA, DJe 23/10/2008.

³³STJ - REsp: 1230060 PR 2011/0002112-6, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 13/08/2014, S2 - Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 29/08/2014.

utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar”³⁴.

Quando às verbas descritas na letra d, também se consideram impenhoráveis as respectivas (eventuais) restituições de imposto de renda³⁵.

Mas de forma inovadora, o CPC/2015 mitiga a impenhorabilidade das verbas descritas na letra d. Com efeito, o § 2º dispõe que a impenhorabilidade mencionada não se aplica à hipótese de penhora para o pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 salários-mínimos mensais.

A penhorabilidade para adimplemento de prestação alimentícia não é novidade. De longa data, já era possível. A novidade, a esse respeito, foi que, antes, o § 2º do art. 649 do CPC/1973 excetuava a impenhorabilidade para pagamentos de “prestação alimentícia”. Agora, o § 2º do art. 833 do CPC/2015 excetua a impenhorabilidade para pagamento de “prestação alimentícia, independentemente de sua origem”.

Outro significativo avanço decorreu da mitigação da impenhorabilidade, quando permitiu a penhora do valor que exceder os 50 salários mínimos, em favor do exequente, que, muitas vezes, tinha execução frustrada em razão da quase absoluta impenhorabilidade atribuída aos rendimentos, mesmo que elevado valor. Agora, o que exceder a 50 salários mínimos, pode ser penhorado.

Por conseguinte, no caso da letra e, o Código, no § 3º do art. 833, ratificou entendimento pacificado nos tribunais, no sentido de que se incluem na impenhorabilidade os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes à pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

A impenhorabilidade prevista na letra e se refere tanto aos bens “necessários”, quanto aos “úteis”. Os “necessários” são aqueles sem os quais o

³⁴ STJ. REsp 112146/SP. DJe 20/03/2014.

³⁵ STJ - REsp: 1163151 AC 2009/0211164-0, Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJ/RJ), Data de Julgamento: 21/06/2011, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 03/08/2011).

exercício da profissão ficaria impedido, enquanto que os “uteis” são aqueles que auxiliam o exercício da profissão.

Na letra j, coloca-se como impenhorável a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 salários mínimos. Esse valor independentemente da quantidade de caderneta de poupança. O valor total delas será impenhorável até 40 salários mínimos. O que ultrapassar no somatório poderá ser penhorado. Tal quantia é considerada razoável para garantir o mínimo existencial, a receber, por isso, o atributo da impenhorabilidade.

A letra k protege também os recursos públicos do fundo partidário recebido por partido político, nos termos da lei. Essa proteção se dá porque o legislador considerou que tais verbas não perdem a sua natureza pública, devendo, então, esses recursos ficarem vinculados à consecução dos fins e ao funcionamento dos partidos públicos.

Por derradeiro, quanto à letra m, o legislador estabelece uma nova hipótese de impenhorabilidade: os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob o regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

Essa disposição visa a proteger o adquirente de unidade imobiliária em incorporação (consumidor), que ao realizar um contrato de promessa de compra e venda deve ter a segurança de que os créditos oriundos das vendas ficarão vinculados prioritariamente à execução da obra e regularização da construção no Regime de Imóveis. Com a impenhorabilidade, evita-se que as obras de edificação sejam paralisadas, a ocasionar a derrocada financeira do empréstimo e, por consequência, a afetar adquirente.

4.4. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

Ao imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, o atributo de impenhorabilidade foi concedida pela Lei nº 8.009/1990³⁶. A impenhorabilidade alcança o imóvel sobre o qual se assenta a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos equipamentos inclusive os de uso

³⁶ Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. A impenhorabilidade do imóvel familiar, independentemente de qual seja o seu valor³⁷. É oponível em qualquer processo de execução.

Mas a impenhorabilidade do bem família cede espaço: a) pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato. b) pelo credor da pensão alimentícia, resguardada os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; c) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; d) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; e) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

O inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009/1990 afastava a impenhorabilidade do bem de família em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias. Só que esse dispositivo foi revogado pelo art. 46 da Lei Complementar nº 150/2015. Atualmente, o imóvel habitado pelo devedor ou sua própria família é impenhorável frente às dívidas oriundas de créditos de trabalhadores da residência e das respectivas contribuições previdenciárias.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça o atributo da impenhorabilidade cede espaço quando verificado o esvaziamento patrimonial em fraude a execução. Em alguns casos, decidiu que, “ao alienar todos os seus bens, menos um, durante o curso de processo que poderia levá-lo à insolvência, o devedor não obrou apenas em fraude a execução: atuou também com fraude aos dispositivos da Lei nº 8.009/1990, uma vez que procura utilizar a proteção conferida pela lei com a clara intenção de prejudicar credores. Nessas hipóteses, é possível com fundamento em abuso de direito, afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/1990”³⁸.

³⁷STJ - REsp: 715259 SP 2005/0000624-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/08/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/09/2010.

³⁸ STJ: REsp 1299580/RJ, DJe 25/10/2012: AgRg no AREsp 689609/PR, DJe 12/06/2015.

Entretanto, como também já ponderou o Superior Tribunal de Justiça, “quando se trata da alienação ou oneração do próprio bem impenhorável, nos termos da Lei nº 8.009/1990, entende-se pela inviabilidade – ressalvada a hipótese no art. 4º da referida Lei – de caracterização da fraude à execução, haja vista que, consubstanciando imóvel absolutamente insuscetível, não há falar em sua vinculação à satisfação da execução, razão pela qual carece ao exequente interesse jurídico na declaração de ineficácia do negócio jurídico”.³⁹

Assim chega-se a duas conclusões: a) se o devedor, em fraude à execução, aliena todos os seus bens, a preservar apenas um, onde mantém residência, este perde o atributo da impenhorabilidade; b) se o devedor aliena o único bem, onde mantinha residência, não há fraude à execução, de maneira que o negócio jurídico é relacionado é eficaz.

Sob o outro aspecto, mesmo quando de elevado valor, o imóvel, bem de família, não perde o atributo da impenhorabilidade. Exatamente por isso que o Superior Tribunal de Justiça entende que “os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida aos bens de família pela Lei nº 8.009/1990”.⁴⁰

Por conseguinte, a letra e dispõe que o imóvel protegido pela Lei nº 8.009/1990 perde a impenhorabilidade quando oferecido como garantia real pelo casal pela entidade familiar para execução de hipoteca sobre o imóvel. Daí vem uma indagação: se no imóvel residir entidade familiar constituída por marido e/ou esposa e filhos, o casal pode oferecer o bem em garantia sem o consentimento dos filhos.

Nesse contexto, a Constituição da República, em seu art. 226, dispõe que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Depois, o respectivo § 4º estabelece: “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

A Lei nº 8.009/1990 estabeleceu um elo com os dispositivos constitucionais ao dispor sobre a impenhorabilidade do bem de família. Referida lei, em seu art. 1º, dispõe que “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é

³⁹STJ – 4ª Turma – REsp 1227366/RS – Rel. Ministro Luis Felipe Salomão – j. 21/10/2014, DJe 17/11/2014). (AI 65189/2016, DES. JOÃO FERREIRA FILHO, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 22/11/2016, Publicado no DJE 28/11/2016.

⁴⁰REsp 1440786/SP , Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 27/06/2014.

impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos conjugues ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei”.

O legislador afirma o direito de moradia, inclusive a entidade familiar, colocando-a longe dos compromissos patrimoniais assumidos, muitas das vezes, de forma impensada por alguns de seus membros. Assim, apenas se admitiria a penhora do bem de família por ato volitivo quando ela fosse autorizada por todos os membros que compõe a entidade familiar.

Em verdade, a redação do inciso V do art. 3º da Lei 8.009/1990 ressalta que “a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...] para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”.

Logo, como a penhorabilidade do bem de família é uma exceção, ela deve ser interpretada restritivamente. Já os benefícios (especificamente aquele que decorre da impenhorabilidade), devem ser interpretados da forma mais ampla possível.

Disso decorre que, quando somente o casal residir no imóvel, ambos os integrantes podem, por vontade conjunta, renunciar o atributo da impenhorabilidade do bem. Mas, quando a entidade familiar residir no imóvel, a impenhorabilidade só pode ser afastada (para execução de hipoteca) mediante consentimento de toda entidade familiar.

Esta posição é adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. No REsp 526.460/RS, decidiu que a entidade familiar não pode ficar prejudicada por ato individual e isolado advindo de um componente da família: “no caso da Lei nº 8.009/1990, visou o legislador a proteger a moradia da família do devedor o que denota inegável interesse social”.

Se a proteção atender à família, deve-se concluir que o devedor não poderá, individualmente, renunciar a proteção outorgada em prol da entidade familiar. Não por outro motivo que o STJ, no REsp 351.932/SP, decidiu: “a proteção legal não tem por alvo o devedor, mas a entidade familiar, que goza de amparo especial da Constituição.

Fica claro, também, que a impenhorabilidade do bem de família, além de só pode ser afastada por ato de toda família, este ato deve estar relacionado à

constituição de dívida contraída pela família em benefício dela. Jamais o atributo da impenhorabilidade do bem de família pode ser afastado em benefício de terceiros.

Essa ilação, provinda dos precedentes do STJ, é encontrada no voto lavrado no REsp 302.281/RJ, quando se decidiu que “a hipótese descrita no inciso V (do art. 3º da Lei nº 8.009/1990) refere-se aos casos em que os devedores constituíram a hipoteca como garantia da própria dívida (em benefício direto deles mesmos e não de terceiros)”.

No mesmo sentido, está a decisão no REsp 268.690/SP: “a ressalva prevista no art. 3º, inciso V, (da Lei nº 8.009/1990) a permitir a penhora na execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido com garantia real pelo casal ou entidade familiar, limita-se em crédito que favorece a família, e não abrange as situações de favor, quando o proprietário figura como garantidor de terceiro. Se a dívida constituída pela família não enseja a penhora da residência da família, com igual ou maior razão deve ser afastada a constrição na hipótese de dívida de favor, assumida em benefício de terceiros”.

O bem de família só perde seu atributo de impenhorabilidade quando é oferecido por toda a entidade de família (como garantia hipotecária) em razão de dívida constituída por ela, e não por terceira, seja ela física ou jurídica.

Mesmo residindo uma só pessoa (sela solteira, separada ou viúva) no imóvel, ele continua sendo impenhorável⁴¹. Da mesma forma se o imóvel, embora não sirva de residência ao devedor, está alugado a terceira pessoa⁴² com a renda revertida para a subsistência ou a moradia da sua família (enunciado 486 da Súmula do STJ), ou que nele habite, mesmo a título não oneroso, pessoa de sua família (STJ. EREsp 1216187/SC, DJe 14/05/2014).

⁴¹STJ - AgRg no AREsp: 301580 RJ 2013/0047456-0, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 28/05/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 18/06/2013.

⁴²STJ; REsp 1095611/SP; Primeira Turma; Relator Min. Francisco Falcão; Data do Julgamento: 17/03/2009; Publicação: DJe 01/04/2009.

5. ANÁLISE DIALÉTICA DOS RECURSOS ESPECIAIS Nº 1.215.289/SP E Nº 1.636.692/RJ

5.1. RECURSO ESPECIAL Nº 1.215.289/SP

5.1.1. Apresentação do caso

O Recurso especial, ora em comento, gira em torno da promessa de compra e venda firmada, de um lado, por Hugo Eneas Salomone (Promitente Vendedor) e, do outro, por Anito Gonçalves (Promitente Comprador), por meio do qual este se obriga a adquirir imóvel cujo preço seria dividido em parcelas corrigidas pela já extinta Obrigação do Tesouro Nacional (OTN)⁴³. Assim, ficou contratualmente acertado entre as partes que o adquirente pagaria a entrada no importe de 112 OTN's e, 1854 OTN's, em prestações consecutivas restantes. Desse modo, as partes acordaram que o adquirente arcaria com um valor equivalente a certo número de OTN's estabelecido no contrato. No instrumento particular não restou definido, em princípio, o número de prestações a serem pagas.

O litígio ocorreu, após o adquirente adimplir 182 prestações, o considerou quitado à obrigação junto ao alienante. Tal fato foi rechaçado pelo Requerido, que afirma existir saldo residual a ser pago pelo Autor.

Promitente Comprador, então, intentou ação de adjudicação compulsória cumulada com declaratória de quitação de outorga de escritura e ainda, com restituição de valores pagos indevidamente em face do Promitente Vendedor.

Em primeiro grau, a pretensão do Autor foi julgada improcedente. A sentença pautou-se, basicamente, pelo laudo do contador judicial, que evidenciou a existência de saldo devedor no montante de 1.091,41 OTN's a ser adimplindo pelo Adquirente. Assim, o juiz singular inadimpliu a adjudicação pleiteada pelo Autor.

Inconformado, o Autor apelou e obteve êxito por votação majoritária.

O Acórdão da apelação foi assim ementado:

⁴³ Obrigação do Tesouro Nacional é um título da dívida pública que foi emitido no Brasil entre 1986 e 1989. Substituiu a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN). A OTN foi instituída durante a vigência do Plano Cruzado e teve o seu valor congelado durante 12 meses. Fonte: http://www8.tjmg.jus.br/servicos/ie/indicadorEconomicoConsulta.do?jsessionid=9A11E512595D59E7245CD60F3E589BB2.portal_node1. Acessado em 05/05/2019.

Adjudicação compulsória - Oportunidade de aplicar a teoria do adimplemento substancial - Compromisso de venda e compra de lotes comercializados com preço atrelado em OTNS e que, a exemplo de outros provenientes do mesmo loteamento, engrossa a polêmica jurisprudencial acerca da controvertida questão do pagamento do preço - Na dúvida de existência de saldo, cabe interpretação por equidade, para que o compromissário que quitou todas as cento e oitenta e duas prestações, construindo no terreno a sua casa, obtenha a tutela específica que consolide o domínio, reservando-se ao vendedor o direito de obter, em ação própria, sentença que possibilite a execução do saldo que afirma existir - Provimento para esse fim⁴⁴.

Foram interpostos embargos de declaração, alegando omissão do Acórdão da apelação, sendo a unanimidade, rejeitados.

O acórdão dos Embargos Infringentes foi assim ementado:⁴⁵

EMBARGOS INFRINGENTES - Adjudicação compulsória - Compromisso de compra e venda - Contrato de adesão contendo cláusulas contraditórias entre si - Interpretação mais favorável ao aderente, contra o estipulante que redigiu o contrato - Cobrança de resíduo decorrente da variação mensal de OTNs - Longa inércia do promitente vendedor, durante quinze anos, que impossibilita a cobrança de eventual resíduo no momento da lavratura da escritura - Violação ao princípio da boa-fé objetiva e da confiança despertada no adquirente - Boa-fé objetiva, na função de controle (*supressio*) - Ação de adjudicação compulsória procedente - Embargos infringentes rejeitados.

Nas razões do Recurso Especial, O Promitente Vendedor asseverou a impossibilidade da aplicação da equidade, incidência da execução do contrato não cumprida, a ocorrência do locupletamento ilícito, a impossibilidade de adjudicação compulsória e ausência de provas constitutivas do direito do autor. Suscitou, ainda, dissídio jurisprudencial.

O Recurso Especial foi distribuído para a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, por unanimidade, negou-lhe provimento. A decisão ficou assim ementada:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL. OTN COMO INDEXADOR. AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL QUANTO AO NÚMERO DE PARCELAS A SEREM ADIMPLIDAS. CONTRATO DE ADESÃO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO ADERENTE. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. AFASTADA. INADIMPLEMENTO MÍNIMO VERIFICADO. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA CABÍVEL. APLICAÇÃO DA EQUIDADE COM VISTAS A CONSERVAÇÃO NEGOCIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO.

1- Demanda entre promitente vendedor e promitente comprador que se comprometeu a pagar o valor do imóvel em parcelas indexadas pela já

⁴⁴ E-STJ fl. 460/471.

⁴⁵ E-STJ fls 542/562.

extinta OTN. Na ocasião, as partes acordaram que o adquirente arcaria com um valor equivalente a certo número de OTN's estabelecido no contrato. No entanto, no instrumento particular de compra e venda não restou definida o número de prestações a serem pagas. 2 - O Tribunal de origem sopesou o equilíbrio entre o direito do adquirente de ter o bem adjudicado, após pagamento de valor expressivo, e o direito do vendedor de cobrar eventuais resíduos. Nesse diapasão, não há que se falar em violação do dispositivo mencionado referente à equidade. O artigo 127 do Código de Processo Civil, apontado como violado, não constitui imperativo legal apto a desconstituir o fundamento declinado no acórdão recorrido no sentido de se admitir a ação do autor para garantir o domínio do imóvel próprio, reservando-se ao vendedor o direito de executar eventual saldo remanescente. 3 - Aparente a incompatibilidade entre dois institutos, a exceção do contrato não cumprido e o adimplemento substancial, pois na verdade, tais institutos coexistem perfeitamente podendo ser identificados e incidirem conjuntamente sem ofensa à segurança jurídica oriunda da autonomia privada 4 - No adimplemento substancial tem-se a evolução gradativa da noção de tipo de dever contratual descumprido, para a verificação efetiva da gravidade do descumprimento, consideradas as consequências que, da violação do ajuste, decorre para a finalidade do contrato. Nessa linha de pensamento, devem-se observar dois critérios que embasam o acolhimento do adimplemento substancial: a seriedade das consequências que de fato resultaram do descumprimento, e a importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida. 5 - Recurso Especial improvido.

Este é, em síntese, o caso que se passará a contar.

5.1.2. Análise dos pressupostos de aplicação e dos fundamentos da teoria do adimplemento substancial elencados pelo acórdão

No julgamento do REsp 1.215.289 /SP, o Ministro Sidnei Beneti examina o conjunto de requisitos ou pressupostos que normalmente são apontados como necessários à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial.

Nesse contexto, o primeiro ponto a se destacar no acórdão refere-se ao fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial. Afirma o Relator:

Consigna-se, inicialmente, que, no caso em exame, discute-se a incidência da teoria do "adimplemento substancial" também denominada de "inadimplemento mínimo", que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução do contrato 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 conforme disposto no enunciado 361 do Conselho de Justiça Federal.

A função social do contrato, inserida no artigo 421 do Código Civil, passou a exigir dos contratantes o dever de perseguir, além da satisfação de seus interesses particulares, a promoção de interesses extracontratuais socialmente relevantes dignos de tutela e relacionados ao contrato. Ao lado do atendimento de sua função

econômica, conferindo aos contratantes a utilidade que o ordenamento jurídico lhes atribui, o contrato deve promover interesses sociais merecedores de tutela que, de alguma forma, sejam afetados pela relação contratual, não os deixando sucumbir aos contrários interesses das partes.

A função social não se presta, portanto, à tutela dos interesses de qualquer dos contratantes, ainda que técnica ou economicamente mais fraco. Entendimento diverso amesquinharia a própria função social, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados por outros mecanismos. A função social está para o interesse da sociedade assim como a função econômica está para o interesse das partes, cuja promoção se garante por instrumentos próprios, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio das posições contratuais. Por essa razão, descarta-se, peremptoriamente, a função social como fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial, que se ocupa apenas dos interesses das partes contratantes.

Nesse sentido, o real fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial reside, como apontado pelo Ministro Relator, na boa-fé objetiva, que, concretizando o princípio constitucional da solidariedade social na esfera contratual, transforma as relações obrigacionais, concebidas inicialmente como o *locus* destinado à perseguição egoísta das satisfações individuais, em espaço de cooperação e solidariedade, impondo aos contratantes que se empenhem em promover os interesses da contraparte, sem que isso importe, outrossim, em sacrifício de sua posição contratual de vantagem ou renúncia às situações de preponderância.

O segundo ponto a mencionar no acordão refere-se à manutenção da aplicação do princípio da equidade realizado pelo Tribunal de origem para sopesar o equilíbrio entre o direito do adquirente de ter o bem adjudicado, após o pagamento de valor expressivo, e o direito do vendedor de cobrar eventuais resíduos.

Paulo Lobo, a propósito argumenta:

O juízo de equidade conduz o juiz às proximidades do legislador, porém limitado à decidibilidade do conflito determinado, na busca do equilíbrio dos poderes privados. Apesar de trabalhar com critérios objetivos. Com *standards* valorativos, a equidade é entendida no referido sentido aristotélico de justiça do caso concreto. O juiz deve partir de critérios

referenciáveis em abstrato, socialmente típicos, conformando-os à situação concreta, mas não os podendo substituir por juízos subjetivos de valor.⁴⁶

Nesse diapasão, Para o Ministro Relator, não há violação do art. 127 do Código de Processo Civil de 1973, no qual dispõe que “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

Por conseguinte, não há impossibilidade da aplicação da equidade, haja vista que não constitui imperativo legal apto a desconstituir o fundamento declinado no acórdão recorrido no sentido de se admitir a ação do autor para garantir o domínio do imóvel próprio, reservando-se ao vendedor o direito eventual de executar saldo remanescente.

Nessa esteira, cabe interpretação por equidade, para que o compromissário que quitou todas as cento e oitenta e duas prestações, constituindo no terreno a sua casa, obtenha a tutela específica que consolide o domínio, reservando-se ao vendedor o direito de obter, em ação própria, sentença que possibilite a execução do saldo que afirma existir.

Assim sendo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que o número de parcelas faltantes tem que ser ínfimo. Para essa definição, conforme bem delineado pelo Ministro Sidnei Beneti, deve-se ter em conta a “gradativa da noção de tipo de dever contratual descumprido, para a verificação efetiva da gravidade do descumprimento, consideradas as consequências que, da violação do ajuste, decorre para a finalidade do contrato”.

Por conseguinte, O Ministro colaciona em seu voto, o REsp de nº 1051270/RS, do Relator Ministro Luis Felipe Salomão, da Quarta Turma, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011, no qual reforça a aplicabilidade da Teoria do Mínimo Substancial. Nesse sentido, no acórdão, ora colacionado, cuida-se do contrato de arrendamento mercantil para aquisição de veículo (*leasing*), no qual o Ministro Luis Felipe Salomão adotou a teoria para inibir a reintegração de posse e, conseqüentemente, a resolução do contrato, em decorrência do pagamento de trinta e uma das trinta e seis parcelas devidas.

Para o Relator do acórdão citado, “a aplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial não está a se afirmar que a dívida não paga desaparece,

⁴⁶ Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Cíveis, in Questões Controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005, p.57.

o que para este, seria um convite a toda sorte de fraude”. Continua o Ilustre Relator, “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”. Continua, “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”, finaliza o Ministro.

O Julgador faz uma crítica acentuada ao revogado código do Processo Civil, sancionado na vigência da Emenda Constitucional de 1969, ao mencionar que o CPC oriundo da Lei nº 5.869/1973 consubstanciou valores e princípios diversos dos que legitimam a atual Constituição de 1988, no qual a sepultada Lei foi produto de uma concepção formal e legalista, possuiu uma menor afinidade com o espírito do vigente Código Civil, de fundamentos essencialmente axiológicos.

O terceiro ponto a destacar no acordão em comento é a perfeita coexistência entre o instituto da exceção do contrato não cumprido e o adimplemento substancial.

Nesse contexto, a *exception non adimpleti contractus*, decorre da dependência recíproca (prestações simultâneas) das relações obrigacionais assumidas pelas partes, é exercida pelo contratante cobrado, recusando-se à sua exigibilidade (satisfazer a sua obrigação) por via de exceção do contrato não cumprido; quando a ela instado, invoca o inadimplemento da obrigação do outro. A regra tem incidência quando ocorre uma interdependência, pela simultaneidade temporal de cumprimento (termos comuns ao adimplemento) entre as obrigações das partes, ou seja, as obrigações devem ser recíprocas e contemporâneas. Trata-se de causas impeditiva da exigibilidade da prestação sendo exemplo da *tu toque* (não faça aos outros aquilo que não queira que façam a ti. Regra de ouro que impede a constituição desleal de direitos subjetivos).⁴⁷

Se o cumprimento for defeituoso, estar-se-á diante do descumprimento parcial da obrigação (*exceptio non rite adimpleti*/exceção de insegurança).

Orlando Gomes diz que a diferença entre a *exceptio non adimpleti contractus* (descumprimento total) e a *exceptio non rite adimpleti contractus* diz respeito ao ônus

⁴⁷ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

da prova, pois “havendo inadimplemento total, incumbe à prova ao contraente que não cumpriu a obrigação. Havendo exceção incompleta, deve prová-la quem invoca a exceção, pois se presume regular o pagamento aceito”.⁴⁸

Nesse passo, Caio Mário afirma que, “se ambas as prestações são sucessivas, é claro que não cabe à invocação da *exceptio* por parte do que deve em primeiro lugar, pois que a do outro ainda não é devida; mas, ao que tem de prestar em segundo tempo, cabe o poder de invocá-la, se o primeiro deixou de cumprir”.⁴⁹ Aqui pode se afirmar que haverá exceção de insegurança⁵⁰ regra prevista no art. 477 do Código Civil. Veja-se o caso em que a mesma é aplicada segundo a lei.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

O art. 477 apresenta diferença para o art. 476, pois o primeiro, conforme nos ensina Gustavo Tepedino, pressupõe prestações sucessivas, para determinar que o contraente que tiver de fazer a prestação em primeiro lugar pode recusá-la patrimônio do outro contraente que tornem arriscado ou duvidoso o cumprimento da contraprestação. Essa situação manter-se-á até que efetue a prestação ou dê garantias suficientes.⁵¹

Nesse sentido foi o acórdão do STJ:

Ação de cobrança. Exceção do contrato não cumprido. A Turma entendeu que o descumprimento parcial na entrega da unidade imobiliária, assim como o receio concreto de que o promitente vendedor não transferirá o imóvel ao promitente comprador impõe a aplicação do instituto da exceção do contrato não cumprido. Isso porque se tem a *exceptio non adimpleti contractus* como um meio de defesa, pois, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro. E, se depois, de concluído o contrato, em especial nos contratos de prestação continuada, e comprovada a dificuldade do outro contratante em adimplir a sua obrigação, poderá a ser recusada a prestação

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92.

⁴⁹ PERREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11, ed. Rio de Janeiro, 2000, p.160.

⁵⁰ Enunciado nº 438 da V Jornada de Direito Civil: “A exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente em risco, a execução do programa contratual”.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, cit, p. 28.

que lhe cabe, até que se preste garantia de que o sinalagma será cumprido.⁵²

Nesta esteira, a doutrina do adimplemento substancial aplica-se, exatamente, na hipótese de pretensão do credor à resolução diante de situação em que ocorra a mora do devedor caracterizada pelo adimplemento em desconformidade com o que foi contratado.

No caso, *sob judice*, Apontou o relator que restou patente que a obrigação se definiu quanto ao número de OTNs a serem pagas pelo recorrido sem, no entanto estipulação da quantidade de parcelas a serem pagas em favor do Recorrente. Essa situação, de acordo com o Julgador *Ad quo*, por si só, afasta a incidência da exceção do contrato não cumprido diante da omissão contratual existente. Nesta hipótese, tratando-se de contrato de adesão, não resta dúvida de que a interpretação de favorecer o aderente. Não, obstante, a discussão não se exaure apenas com esse raciocínio.

Por conseguinte, para o Ministro Relator, adimplemento substancial consiste numa evolução gradativa da noção de tipo de dever contratual descumprido, para uma verificação efetiva da gradatividade do descumprimento, consideradas as consequências que, da violação do ajuste, decorre para a finalidade do contrato. Assim sendo, na sua visão, a teoria do adimplemento substancial possui dois critérios que justificam a sua aplicação: a seriedade das consequências que de fato resultaram do descumprimento, e a importância que as partes aparentarem dar à cláusula pretensamente infringida.

Conclui o raciocínio, ao afirmar que o desenvolvimento da teoria em referencia teve por finalidade permitir que uma das partes contratuais não se beneficiasse de tímida aparência de descumprimento contratual por parte da outra. Servindo assim a teoria a obstar o enriquecimento ilícito.

Por esse motivo, O Ministro sustenta que há apenas aparente incompatibilidade entre dois institutos, a exceção do contrato não cumprido e o adimplemento substancial.

⁵² STJ - REsp: 1193739 SP 2010/0085838-5, Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento: 03/05/2012, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 16/05/2012.

5.2. RECURSO ESPECIAL Nº 1.636.692/RJ

5.2.1. Apresentação do caso

O Recurso especial, em análise, gira em torno da “ação ordinária de rescisão contratual” apresentada por São Marcos Empreendimentos Imobiliários LTDA, ora Recorrente, em face de Rosane Maria Guterres Santana, ora Recorrida.

A sentença julgou improcedente o pedido de rescisão, bem como os pedidos contidos na reconvenção, decidindo, no que importa, o seguinte:⁵³

Claramente, por ter a autora dado causa ao não cumprimento da avença pela parte ré, não há como ser acolhido o pleito inicial de rescisão dos contratos de promessa de compra em venda na forma pleiteada na petição inicial, ressaltando-se, contudo, que a parte autora poderá pela via própria e, caso não tenha ocorrido o fenômeno da prescrição, exigir da ré as parcelas que estão em aberto, relativas aos contratos em tela. No que tange a reconvenção, a mesma não merece procedência, eis que em não sendo acolhido o pedido autoral de rescisão do contrato, não haverá a devolução das importâncias já pagas pela ré-reconvinte, razão pela qual não há que se discutir as cláusulas dos contratos na forma pleiteada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento à apelação da ré, que pretendia a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, bem assim à apelação da autora, mantendo a sentença de improcedência do pedido por outros fundamentos, por entender que, muito embora não tenha havido inadimplemento contratual por parte da autora/construtora, há que se considerar que o contrato foi substancialmente cumprido, carecendo a parte autora de "interesse na propositura da presente rescisão contratual".⁵⁴

O acórdão ficou assim ementado:

RESCISÃO CONTRATUAL PROMESSA DE COMPRA E VENDA MORA.
ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.

1- A ausência de inadimplemento contratual de uma das partes, por si só, não autoriza que a outra parte deixe de efetuar o pagamento das prestações acordadas. 2- Por outro lado, o adimplemento substancial do contrato retira o interesse processual do pedido de rescisão contratual.

Atendendo à decisão proferida nos autos do AREsp 135.723/RJ, que deu provimento ao recurso especial para anular o acórdão que rejeitara os embargos de

⁵³ E-STJ FI. 397.

⁵⁴ E-STJ FI. 448.

declaração, o Tribunal de origem procedeu ao novo julgamento do recurso, sanando as omissões apontadas, consignando o seguinte:⁵⁵

Conforme alegado pelo embargante, de acordo com a regra do art. 475 do Código Civil, 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. Contudo, o direito de opção pela resolução do contrato diante do inadimplemento, previsto no art. 475 do CC, não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o credor levar em consideração os princípios da manutenção dos contratos e da boa-fé objetiva. Nesse sentido, o adimplemento substancial da dívida funciona como um limitativo desse direito, forçando o credor a exigir o cumprimento da avença, tal qual originalmente prevista. Cumpre sinalar que a teoria do adimplemento substancial consiste na impossibilidade da resolução do contrato nas ocasiões em que o pacto já esteja com uma considerável quantidade de parcelas quitadas, estando tal teoria consubstanciada nos princípios da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), da função social dos contratos (art. 421 do Código Civil), da vedação ao abuso de direito (art. 187 do Código Civil), bem como da vedação ao enriquecimento sem causa (art. 885 do Código Civil). Visa 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 aludidos princípios. Assim, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, daí a expressão "adimplemento substancial", limita-se o direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma demasia. Até mesmo porque o direito formativo extintivo de resolução contratual não se exhibe absoluto ao promitente-comprador, cabendo ser analisado se, no caso concreto, o pedido de resolução não significa abuso da posição jurídica do vendedor. Na hipótese, como bem exposto no acórdão embargado, "se depreende dos documentos acostados aos autos, a mora da primeira apelante referia-se a apenas quatro prestações mensais, duas semestrais e um resíduo vencido em 02/04/99, cujo inadimplemento contrasta com o pagamento dos sinais, de 35 das 44 parcelas mensais e de 4 das 7 parcelas semestrais. Desta forma, apesar de caracterizada a mora, há que se considerar que o contrato foi substancialmente cumprido pela primeira apelante. Nesse passo, considerando que a embargada pagou parte significativa do contrato, é incabível a resolução contratual pelo não pagamento do restante do débito. Portanto, deve incidir na espécie o denominado adimplemento substancial, o que afasta o pedido de rescisão contratual, ainda que previsto contratualmente.

No recurso especial, a recorrente aponta violação aos artigos. 1º do Decreto-lei 745/69, 1.092, § único, do CC/16 e 187, 421, 422, 475 e 885 do CC/02, sustentando, em síntese, que (a) a ação de rescisão de contratos de promessa de compra e venda foi ajuizada em 4/10/1999, na vigência do Código Civil de 1916, razão pela qual não podem ser aplicadas retroativamente as normas insertas do Código Civil de 2002, em especial a teoria do adimplemento substancial, a fim de impedir a rescisão contratual; (b) "impedir a rescisão das promessas de compra e

⁵⁵ E-STJ Fl. 677

venda no caso dos autos seria um descabido prêmio à recorrida, que não cumpre injustificadamente sua obrigação, embora há 16 anos esteja na posse dos imóveis (cf. fls. 163/168), lucrando com a locação dos mesmos a terceiros (cf. fls. 296/299)"; (c) a recorrida nunca agiu de boa-fé, pois em momento algum mostrou interesse em quitar as parcelas em aberto; (d) "se os próprios acórdãos impugnados esclarecem que a recorrida deixou de pagar mais de 40% das grandes parcelas semestrais (3 de 7) e mais de 20% das parcelas mensais (9 de 44), além dos resíduos de correção monetária dessas parcelas, é evidente que não se está diante da hipótese de adimplemento substancial"; e (e) uma vez procedente o pedido de rescisão, deverá ser determinada a devolução das parcelas pagas, conforme previsto contratualmente.

Contrarrazões ao recurso especial às e-STJ Fls. 703-707.

O recurso especial foi inadmitido pela Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (e-STJ Fls. 709-717).

Ao julgar agravo interno, a 3ª Turma houve por bem determinar a conversão do agravo em recurso especial (e-STJ Fl. 791).

O juízo de admissibilidade do presente recurso será realizado com base nas normas do CPC/1973 e com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme disposto no Enunciado Administrativo 2/STJ.

O Recurso Especial foi distribuído para a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, por unanimidade, deu-lhe provimento. A decisão ficou assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO PARCIAL DOS CONTRATOS. INADIMPLEMENTO DE PARCELAS MENSAIS E SEMESTRAIS. FATOS INCONTROVERSOS. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE.

1. Discussão acerca da aplicação da chamada Teoria do Adimplemento Substancial, instituto que pode, eventualmente, restringir o direito do credor à resolução contratual previsto no artigo 475 do CC/02 (art. 1.092, § único, do CC/16), tendo por fundamento a função de controle do princípio da boa-fé objetiva. 2. "O adimplemento substancial constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva)". 3. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 4. Caso concreto em que restou incontroverso que a devedora inadimpliu parcela relevante da contratação (cerca de um terço do total da dívida contraída), mostrando-se indevida a aplicação, pelo Tribunal de origem, da Teoria do Adimplemento Substancial. 5. Necessidade de retorno

dos autos à origem a fim de que proceda ao julgamento dos demais pedidos constantes da petição inicial, bem como da reconvenção. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, A Terceira Turma por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). JOSÉ PERDIZ DE JESUS, pela parte RECORRENTE: SÃO MARCOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA Dr(a). CARLOS ROBERTO FERREIRA BARBOSA MOREIRA, pela parte RECORRIDA: ROSANE MARIA GUTERRES SANTANA.

Este é o caso que se analisará.

5.2.2. Análise dos pressupostos de aplicação e dos fundamentos da teoria do adimplemento substancial elencados pelo acórdão

O ponto central do presente recurso especial reside em torno da ocorrência do adimplemento substancial de três contratos de promessa de compra e venda, afastando o direito de exercer o direito à resolução contratual.

Nesta senda, a controvérsia é no sentido se deve prevalecer o reconhecimento, pelo Tribunal de origem, da ocorrência do adimplemento substancial de três contratos de promessa de compra e venda, afastando o direito do credor de exercer o direito à resolução contratual.

Assim sendo, para o Ministro relator a Teoria do Adimplemento Substancial parte da ideia de que, tendo ocorrido o cumprimento quase integral do contrato, o inadimplemento parcial, que se mostre ínfimo em relação ao resultado final, não justifica a desconstituição do vínculo contratual, pois significa uma grave iniquidade.

Por conseguinte o Julgador utiliza o caso análogo (REsp 1.200.105/AM, 3ª Turma, DJe de 27/06/2012) no qual também foi o relator, para fixar as premissas necessárias para apresentar a melhor solução para o Recurso Especial, ora em apreço, a saber:

O Relator conceitua o adimplemento substancial, dessa vez, se utiliza da lição de Clovis Couto e Silva, no qual assevera: “constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de

resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva)”⁵⁶.

Acrescenta que a referida Teoria foi construída a partir do Direito Comparado, passou a ser aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira como um instrumento de limitação do direito à resolução do contrato, previsto no artigo 475 do CC/02 (art. 1092, § único, do CC/16), especialmente com fundamento no princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC/02).

Define a boa-fé objetiva como um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade.

Sustenta que a boa-fé exerce múltiplas funções na relação obrigacional, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuadas (função integrativa): criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito).

Em outro turno, delimitado as premissas do REsp 1.200.105/AM, 3ª Turma, DJe de 27/06/2012), o Ministro debruçou-se sobre o mérito da demanda em tela.

No voto do Ministro Paulo de Tarso percebe-se nitidamente a interpretação quantitativa para decidir pela aplicação ou o afastamento da referida teoria.

Desse modo, o Relator ao comparar o quanto da prestação foi cumprida em relação à porção que remanesce inadimplida, decidiu pela impossibilidade da adoção da teoria.

O pedido de rescisão contratual foi julgado improcedente, por entender o Tribunal de Origem que “o contrato foi substancialmente cumprido”, pois, “conforme se depreende dos documentos acostados aos autos, a mora da primeira apelante referia-se a apenas quatro prestações mensais, duas semestrais e um resíduo vencido em 02/04/99, cujo inadimplemento contrasta com o pagamento dos sinais, de 35 das 44 parcelas mensais e de 4 das 7 parcelas semestrais”⁵⁷.

⁵⁶ *O princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e Português in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 56

⁵⁷ E-STJ Fl. 447

Importante destacar que o Tribunal *a quo* rejeitou a tese da exceção do contrato não cumprido sustentada pelo Recorrido, por entender injustificada a ausência de pagamento das prestações pela ré, fundamentando o seguinte:⁵⁸

[...] E que não se diga que tal cláusula é abusiva, mormente porque é de conhecimento geral que há possibilidade de demora nos requerimentos juntos aos órgãos públicos e concessionárias, sendo certo que esse fato não pode ser imputado à construtora, primeira apelante, quando esta age em tempo hábil. *In casu*, logrou a primeira apelante demonstrar nos autos que tomou as providências cabíveis em tempo hábil. Isso porque essa comprovou que diligenciou, junto à Municipalidade, para a concessão do "habite-se" ao empreendimento. E no tocante às instalações telefônicas, ao contrário do alegado pela primeira apelante, também não houve qualquer omissão dolosa por parte da segunda apelante. Com efeito, de acordo com as cláusulas 6.8 e 6.8.1, era de responsabilidade da segunda apelante arcar com os custos das instalações para depois repassá-los aos adquirentes. Contudo tal questão envolvia vultosa quantia e, para evitar qualquer prejuízo aos adquirentes, essa foi amplamente debatida nas assembléias e reuniões de condôminos do Downtown, o que acabou por gerar o atraso na contratação da empresa que iria executar o serviço de cabeamento. Certo é que tal fato não pode ser imputado à construtora, segunda apelante. Porque essa sempre agiu com lisura, boa-fé e transparência em suas relações com os adquirentes. Por outro lado, necessário ressaltar que não se mostra abusiva a cláusula que estabelece a possibilidade de prorrogação da conclusão das obras por 180 dias (cláusula 6.6), pois era de pleno conhecimento das partes contratantes e tinha por objetivo nada além de ajustar um atraso tolerável para a entrega da obra, o que é razoável em empreendimento desta grandeza. Portanto se as unidades foram entregues no dia 17/07/98, dentro do prazo contratual, não há falar em inadimplemento contratual diante da inexistência de cabeamento telefônico. Assim inexistindo inadimplemento contratual por parte da construtora, a ausência de pagamento das prestações pela primeira apelante revela-se totalmente injustificada.

Dessa forma não prosperou a hipótese de exceção do contrato não cumprido, prevalecendo apenas a adoção da Teoria do Adimplemento Substancial.

Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, para o Relator, o débito de quase um terço da dívida jamais poderia ter sido considerada irrelevante ou ínfimo, a fim de justificar a adoção da teoria do adimplemento substancial. Nesta senda, consideradas as três unidades, restou incontroverso que não foram quitadas 27 (vinte e sete) das 132 (cento e trinta e duas) parcelas mensais e 9 (nove) das 21 (vinte e uma) parcelas semestrais. Em termos percentuais, o inadimplemento corresponde a 23,5% do total das parcelas pactuadas.

Para fundamentar a sua interpretação, o Ministro cita o julgado da 4ª Turma da Corte que apreciou caso similar. O Relator deste julgado invoca os critérios

⁵⁸ E-STJ Fl. 115

elencados na REsp 76.362/MT da Quarta Turma desta Corte, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996. No qual merece ser exposto.

a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários⁵⁹

O Ministro Paulo de Tarso faz o uso do judicioso voto do Ministro Antônio Carlos Ferreira no qual aborda o caso clássico da jurisprudência brasileira sobre a adoção da Teoria do Adimplemento Substancial (Resp nº 76.362/MT, julgado em 11/12/1995, pela Quarta Turma, DJ de 01/04/1996), bem como cita alguns julgados que adotou a Teoria do Adimplemento Mínimo que são dignos de citação:

a) Atraso na última parcela: REsp. 76.362/MT. b) Inadimplemento de 2 parcelas: REsp. 912.697/GO. c) Inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem: REsp. 469.577/SC. d) Inadimplemento de 10% do valor total do bem: AgRg no AgREsp 155.885/MS. e) Inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido: Resp. 1.051.270/RS.

A posteriori, o Ministro Citado afirma que:

a jurisprudência desta Corte tem oscilações no exame do requisito objetivo, o que se dá, essencialmente, pelo fato de que em cada caso aqui julgado há peculiaridades muito próprias a serem consideradas para efeito de avaliar a importância do inadimplemento frente ao contexto de todo o contrato e os demais elementos que envolvem a controvérsia. Essa vinculação aos elementos do caso concreto é um dado objetivo que a doutrina anglo-saxã⁶⁰

Nesse sentido, ainda:

A indagação quanto à extensão, à intensidade e às demais características do inadimplemento é que conduz à sua adjetivação como sendo ou não de 'escassa importância. É o que se buscará neste momento. Contudo, antes disso, é necessário fazer uma advertência: a verificação da importância ou não importância do inadimplemento há de ser feita diante do caso concreto, ou seja, diante da situação de fato ocorrida, ponderando os interesses em

⁵⁹ REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

⁶⁰ CORBIN, Arthur L. Conditions in the law of contract. The Yale Law Journal, v. 28, n. 8, p. 761, jun. 1919) e a nacional assim o reconhecem (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. v. XXVI, p. 208.

jogo, a conduta das partes e de todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes⁶¹

Continua:

É que, ressalvada a hipótese de evidente relevância, o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo, mormente quando sabemos que determinadas hipóteses de violação positiva podem, eventualmente, afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. Há, portanto, outros tantos elementos que também envolvem a contratação e devem ser considerados para efeito de se avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descurar dos interesses do credor.

No julgado pioneiro deste Tribunal, antes referido (REsp 76.362/MT), foram delineados alguns requisitos que devem ser examinados para aplicação da teoria do adimplemento substancial, sem prejuízo da avaliação de circunstâncias específicas do caso sob julgamento. Para tanto, deve-se exigir: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório); b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio (correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter substancial do adimplemento realizado); c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários. Atualmente, os autores ingleses, tomando como fundamento a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo não cumprimento da prestação, formulam três requisitos para admitir a substancial performance: a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente⁶²

Desse modo, o Relator Paulo de Tarso Sanseverino deu provimento ao recurso especial em apreço, no sentido de afastar o reconhecimento do adimplemento substancial do contrato.

⁶¹ BUSSATA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 106.

⁶² cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. Cit. p.72

6. CONCLUSÃO

O adimplemento substancial, embora não previsto em artigos do Código Civil, foi acolhido no ordenamento jurídico brasileiro com fundamentos especialmente no princípio da boa-fé objetiva, assim como em outros princípios esparsos como a função social do contrato e a vedação ao abuso de direito. Constitui-se em mecanismo para evitar a resolução de contratos quando verificados que o inadimplemento do contrato é infirmo e não se revela suficiente para pôr fim ao negócio jurídico.

Entretanto, justamente por não existir um regramento jurídico específico, como ocorre em outros países que adotam o instituto em questão, no Brasil a aplicação da teoria do adimplemento substancial pode encontrar certa insegurança jurídica, especialmente em razão de atuais decisões adotarem critérios meramente quantitativos e matemáticos, deixando de lado os critérios qualitativos – que se mostram até mesmo mais importantes – ou quando não, sequer aplica-los, como se observa em algumas situações.

Nesse diapasão, no tocante aos Recursos especiais, ora apresentados, o REsp de nº 1.215.289/SP, adotou a teoria em comento com vistas a critérios qualitativos e não meramente matemáticos. Assim sendo, no caso dos autos, restou patente que a obrigação se definiu quanto ao número de OTNs a serem pagas pelo Recorrido sem, no entanto, estipulação da quantidade de parcelas a serem pagas em favor do Recorrente.

Essa situação por si só afasta a aplicação de critérios exclusivamente quantitativos, por não existir um parâmetro para à adoção do critério quantitativo. Nessa linha de raciocínio, o Ministro Sidnei Beneti aplicou o critério qualitativo para a decisão do julgado de sorte que fundamenta o acolhimento da referida teoria dois pontos: a seriedade das consequências que de fato resultaram do descumprimento, e a importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida. Assim sendo, tratando-se de contrato de adesão, a interpretação favorece ao aderente.

Seguindo esse raciocínio, o Relator negou provimento ao Recurso Especial mantendo-se, por consequência, a decisão do Tribunal de Origem que reformou a sentença de primeiro grau que inadmitiu a adjudicação compulsória pleiteada pelos autores.

De outro passo, o REsp de nº 1.636.692/RJ afastou a teoria em evidência, tendo-se em vista que o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino não considerou como irrelevante ou ínfimo o inadimplemento de três contratos de compra e venda referentes a 27 (vinte e sete) não quitadas das 132 (cento e trinta e dois) parcelas mensais e nove (nove) das 21 (vinte e uma) parcelas semestrais. Em termos percentuais, o inadimplemento corresponde a 23,5% do total das parcelas pactuadas. Para o Ministro Relator, o débito de quase um terço da dívida jamais poderia justificar a adoção da teoria abordada.

Percebe-se que para essa decisão, a teoria do adimplemento substancial foi utilizada de forma com a análise apenas no aspecto quantitativo e matemático do inadimplemento, desconsiderando outras questões pertinentes a obrigação, como por exemplo, a natureza do contrato, a utilidade ou não da prestação.

Destaca-se, no entanto, que uma aplicação irrestrita e sem uma definição de critérios pode não trazer segurança jurídica, correndo o risco de banalizar o instituto do *substantial performance*, afastando-o de sua essência, natureza e propósito. Logo, admitir apenas o critério quantitativo matemático para analisar o adimplemento substancial é um erro que pode trazer evidente desequilíbrio contratual.

Seguindo esse raciocínio, o Ilustre Relator deu provimento ao Recurso Especial supracitado, afastando o reconhecimento do adimplemento substancial do contrato.

É certo que cada modalidade de contrato difere uma da outra e, portanto, o inadimplemento do contrato tem um peso diferente para cada uma delas. Quando se analisa o inadimplemento de uma obrigação que envolve prazo, certamente não é viável a aplicação da teoria, pois o inadimplemento traz para o credor o desinteresse quanto ao cumprimento do restante do contrato, porém quando está diante de um inadimplemento meramente monetário a aplicação da teoria fica ainda mais acessível.

Todavia, não deve ser adotado um critério meramente matemático para ponderar a sua aplicação, ou seja, não se pode considerar que a teoria aplica-se apenas para o caso de cumprimento de 90%, 80% ou 70% do contrato, pois há caso em que mesmo não sendo matematicamente ínfimo o inadimplemento, há questões que devem ser analisadas (critério qualitativo), como por exemplo, a autorização do credor em receber parcela de forma atrasada, a boa-fé do devedor que demonstrar não ter adimplido o contrato por questões supervenientes e não apenas

desinteresse, a própria natureza do contrato e se é permitida a indenização ao invés da resolução como forma de preservar a segurança do negócio jurídico.

Conclui-se com o presente trabalho acadêmico que para evitar a insegurança jurídica o mais ideal seria a positivação da referida teoria com adoção de critérios expressos no diploma legal, limitando assim o campo de interpretação do judiciário na apreciação do caso em concreto para evitar que injustiças ocorram.

Todavia, ainda está longe de uma mudança legislativa tão significativa para o direito obrigacional, razão pela qual, são necessários que ao menos sejam adotadas cumulativamente critérios quantitativos e qualitativos para apurar a ocorrência ou não do adimplemento substancial.

REFERÊNCIAS

Adimplemento Substancial como Elemento Decisivo à Preservação do Contrato. In. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, nº. 240, Janeiro de 2007.

AGHIARIAN, Hercules. *Curso de Direito Imobiliário*. 12. Ed. Saraiva, 2015.

BECKER, Anelise. *A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparatista*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov., 1993; SANTOS ALBUQUERQUE, Fabíola. O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional. Revista da ESMAPE, v. 10, n. 21, 2005.

BURTET, Tiago Machado. *Noções gerais de direito imobiliário*. Ed. revisada, Curitiba, PR, IESDE, Brasil, 2012.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59-91; MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. Revista Brasileira de Direito Comparado, v. 25, p. 229-281, 2º sem. 2003,

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23ª Edição. Vol. II; 2014.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30ª Edição, 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

EVES, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. 5 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos, Teoria Geral*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 4v.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ_Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direcivill/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados. Acesso em 12/04/2019.

HOUAISS, A. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, Objetivo, 2001. Inadimplemento Contratual Grave - Discricionariedade do Juiz. In. Revista de Processo. Ano 20. Abril-Junho de 1.995, n. 78.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507>. Acesso em: 12/04/2019.

NUNES FRITZ, Karina. *O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã*. Revista Forense, v. 395, jan./fev., 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>. Acesso em: 12/04/2019.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 1983.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método, 2008.

PERREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11, ed. Rio de Janeiro, 2000.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006;

SANTOS, Ernane Fidélis dos Santos. *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. II, 16ª Edição, 2017.

SCAVONE JUNIOR, LUIZ ANTONIO. *Direito imobiliário – Teoria e prática – 11ª ed – rev, atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2017.*

SCHREIBER, Anderson. *A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 32, p. 20-21, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*.

THEODORO, Jr. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 53ª Edição. Vol. II; 2019;