

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL:**algumas reflexões sobre um velho tema sempre atual¹*****SUBSTANCIAL PERFORMANCE:******some reflections on an old theme that is always current***

Marcelo de Oliveira Milagres*

RESUMO

O tema do adimplemento substancial ainda suscita questionamentos. A promoção da ordem jurídica justa, observando a segurança dos contratos, não prescinde da análise do caso concreto, da funcionalidade do bem e da causa do próprio negócio jurídico.

Palavras-chave: Adimplemento substancial. Boa-fé. Resolução dos contratos. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The subject of substantial performance still succinctly questioned. The promotion of a fair legal order, observing the security of contracts, does not dispense the analysis of the concrete case, the functionality of the good and the cause of the legal transaction itself.

¹ Trata-se de publicação, originária de 2017, que recebeu acréscimos doutrinários e de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Destaquem-se reflexões extraídas da obra MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Contratos imobiliários: impactos da pandemia do coronavírus*. São Paulo: Editora Foco, 2020.

* Desembargador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), professor associado de Direito Civil na Faculdade de Direito da UFMG. *E-mail:* marcelo.milagres@uol.com.br

Keywords: Substantial performance doctrine. Good faith. Contract settlement. Legal security.

1 BOA-FÉ E NEGOCIABILIDADE

Não há dúvida da importância da boa-fé nas práticas negociais: segundo o art. 113 do Código Civil, os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé; o art. 422 desse mesmo diploma dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, tanto na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A boa-fé não se sujeita a uma única definição. Simone David-Constant, citada por Teresa Negreiros (2002), já afirmava: “La bonne-foi: une mer sans rivages”.

Menezes Cordeiro (2007) afirma que não há uma definição lapidar do instituto. Para ele, quer como elemento linguístico, quer como representação jurídica, a boa-fé tem origem na *fides* (fidelidade) romana: *fides-sacra* (entrega e lealdade), *fides-fato* (garantia), *fides-ética* (dever moral). Da *fides*, passou-se a *fides bona*, a *bona-fides* e a *bonae fidei iudicia*. A *bona-fides* canônica era vista como a ausência de pecado. Atribui-se a origem da boa-fé germânica ao juramento de honra, traduzido no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada (lealdade e crença).

Para Couto e Silva (1976, p. 42), a aplicação do princípio da boa-fé tem função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo de ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais.

Judith Martins-Costa assim preceitua:

[...] o comportamento segundo a boa-fé tomará então, *prima facie*, a feição de uma conduta contratual pautada pela lealdade, coerência e correção (probidade), o que não ofusca a circunstância de, em vista da heterogeneidade dessas relações, a boa-fé manifestar-se em vários e distintos níveis de intensidade (MARTINS-COSTA, 2015. p. 273).

A doutrina desdobra essa função da boa-fé objetiva em: a) fonte de interpretação e integração dos negócios; b) fonte de criação de deveres jurídicos; e c) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

No plano do controle do exercício de direitos subjetivos, a boa-fé negocial vem impedindo a resolução dos contratos pelo inadimplemento mínimo ou adimplemento substancial. Não se desconsideram, contudo, como fundamentos da incidência dessa tese, a função social do contrato, a vedação ao abuso de direito e o enriquecimento sem causa.

Segundo o Enunciado 361, aprovado na IV Jornada de Direito Civil (2006), 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”.

Fredie Didier Júnior (2009, p. 335-340) defende, inclusive, a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro.

Como bem destaca o Ministro Antônio Carlos Ferreira, a

introdução da teoria do adimplemento substancial no STJ é um perfeito exemplo da virtuosa associação entre doutrina e jurisprudência, um diálogo cada vez mais raro em função do enorme acervo que os tribunais são levados a vencer todos os dias e, infelizmente, pela postura mais reativa que parte dos doutrinadores acabou por assumir em seus cargos, nas universidades e nos livros (FERREIRA, 2019, p. 44).

Com essa advertência, algumas reflexões são necessárias.

2 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL OU INADIMPLENTO MÍNIMO

O contrato, como aponta Teresa Negreiros (2002), é permeável às condicionantes sociais que o cercam e que são afetadas por ele próprio. A função social do contrato proscreve comportamentos abusivos, ensejando também uma tutela externa do crédito e mitigando o consagrado brocardo *res inter alios acta*.

Como norma de ajuste do exercício de direito subjetivo, a boa-fé impede o direito de resolução contratual, quando o cumprimento se aproxima do resultado final. Trata-se da incidência da teoria do adimplemento substancial.

Se o inadimplemento não compromete a própria economia ou função do contrato, só se admite reclamar perdas e danos.

O ordenamento jurídico português prevê expressamente a impossibilidade de resolução do contrato em face do adimplemento substancial. Segundo o art. 802º, nº 2, do Código Civil português, “o credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”. Para António Menezes Cordeiro (2010, p. 186), tal disposição deve ser aplicada com prudência, visto que a ordem jurídica não pode admitir o desrespeito ao conteúdo obrigacional, base de qualquer sistema econômico consistente. Igualmente, o Código Civil italiano, que, no art. 1.455, estipula: “Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra”.

Pietro Trimarchi (2014)² ensina que nem todo inadimplemento justifica a resolução do contrato. Se se trata de uma pequena inexatidão da prestação ou de um atraso não grave, ou de um inadimplemento de uma prestação acessória de escassa importância, a resolução é vedada. O credor pode agir somente para obter a condenação do devedor no adimplemento faltante e o ressarcimento do dano.

Entre nós, coube à doutrina e à jurisprudência, com fundamento na boa-fé objetiva, a promoção do instituto.

No entendimento de Judith Martins-Costa (2015, p. 679-680), a porta de entrada do adimplemento substancial, entre nós, foi o princípio da boa-fé objetiva.

Também para o Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento do adimplemento substancial não se limita a uma análise quantitativa:

No adimplemento substancial tem-se a evolução gradativa da noção do 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

² “Non ogni inadempimento giustifica la risoluzione del contratto. Se si tratta semplicemente di una piccola inesattezza della prestazione, o di un ritardo non grave, o dell’inadempimento di una prestazione accessoria di scarsa importanza, la risoluzione è esclusa [...]; il creditore potrà agire solo per ottenere la condanna del debitore a completare l’adempimento e a risarcire il danno.” (TRIMARCHI, 2014, p. 328).

importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida (BRASIL, 2013).

Em julgado posterior, reiterou-se que o adimplemento substancial

não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio (BRASIL, 2016).

A propósito, destaca-se o Enunciado 586, aprovado na VII Jornada de Direito Civil (2015): “para a caracterização do adimplemento substancial (tal qual reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil – CJP), levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos.”

Não se pode aplicar de forma indiscriminada a tese do adimplemento substancial. Segundo o parágrafo único do art. 421 do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019, nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Já entendeu o STJ que “as normas contidas nos arts. 187 e 422 do Código Civil não oferecem, de forma isolada, suporte à tese relativa ao adimplemento substancial da obrigação” (BRASIL, 2021).

Considerando que os contratos, em regra, são de trato sucessivo, não se pode desconsiderar a sua natureza de instrumento econômico prospectivo, ou seja, que se projeta no tempo. A autonomia privada é a regra, a intervenção no conteúdo contratual é excepcional.

As situações de impossibilidade objetiva superveniente à formação do contrato, sejam de natureza absoluta ou relativa, temporária ou definitiva, devem permear a interpretação do disposto do citado art. 475 do Código Civil.

O ideal é que os contratos possam ser regularmente cumpridos, que os legítimos interesses das partes sejam satisfeitos sem qualquer perturbação ou externalidade negativa. O cumprimento natural das obrigações é a regra. Como bem destaca Agostinho Alvim (1980, p. 6), o inadimplemento é a exceção.

Segundo Clóvis do Couto e Silva (1976, p. 5), o adimplemento atrai e polariza a obrigação.

De outro lado, Canaris bem adverte que

é praticamente inútil e improfícuo para o credor sustentar, junto ao devedor, uma obrigação que este não pode cumprir de forma alguma, e que não pode tampouco ser exigida judicialmente. Por outro lado, o reverso também é verdadeiro (CANARIS, 2004, p. 113).

Em razão dos possíveis e concretos efeitos da Covid-19 no programa contratual, parece razoável a distinção entre a impossibilidade e a dificuldade no cumprimento das prestações, conquanto, em algumas situações, a impossibilidade superveniente de cumprimento da prestação por uma das partes pode ensejar, também, a impossibilidade ou própria dificuldade na realização da contraprestação. Por exemplo, a impossibilidade superveniente no gozo do imóvel objeto de locação não residencial, em razão de restrição estatal ao exercício de determinada atividade econômica, poderá resultar no impedimento ou no sacrifício do locatário no pagamento do aluguel. A análise do caso concreto pode apontar, inclusive, uma impossibilidade definitiva abalando integralmente o próprio fim do contrato de locação. Nesses difíceis casos de locação, a impossibilidade no cumprimento das prestações está associada a alterações e fatos externos ao contrato, que repercutem na própria finalidade negocial. As discussões, como se verificará adiante, perpassam pela finalidade contratual, sinalagma funcional e capacidade de adimplemento. As nuances são várias.

É preciso, nesse primeiro momento, o esclarecimento das possíveis hipóteses de impossibilidade. A propósito, merece registro a importante tese da professora Catarina Monteiro Pires (2020).

No plano geral, a impossibilidade no cumprimento das obrigações pode ser originária ou superveniente.

A impossibilidade originária se ajusta ao plano de validade dos negócios jurídicos, refere-se, a teor do art. 104, II, do Código Civil brasileiro, ao objeto ilícito ou inidôneo. Em situações de impossibilidade originária definitiva e absoluta, verifica-se a nulidade do negócio jurídico. Não sendo o objeto deste trabalho, ausentes se afiguram maiores incursões sobre os desdobramentos dessa impossibilidade originária.

De outro lado, a impossibilidade superveniente se refere ao plano de eficácia dos negócios jurídicos. Trata-se de situações que ocorrem após a

celebração do negócio jurídico. Em razão dos possíveis efeitos da Covid-19 nos contratos, sobleva o estudo das hipóteses de impossibilidade superveniente das prestações.

Dispõe o § 275 (1) do Código Civil alemão que a pretensão à prestação está excluída se é impossível para o devedor ou qualquer pessoa.

O ordenamento jurídico brasileiro tem diversas e específicas disposições sobre a impossibilidade de execução das obrigações. Não há que se falar em um regime jurídico uniforme.

Quanto à impossibilidade superveniente, após a celebração do contrato, ela pode se verificar antes ou depois do vencimento da obrigação. Pode ser definitiva ou temporária. A impossibilidade pode ser imputável — ou não — às partes contraentes. Um dos grandes desafios é a admissão — ou não — da impossibilidade puramente subjetiva, ou seja, relativa à situação patrimonial do devedor.

Entre nós, tem prevalecido o entendimento de que não há impossibilidade de cumprimento de prestação de natureza pecuniária.³ Destaque-se que, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 59.870/SP, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a insuportabilidade da obrigação pecuniária assumida pelo promissário-comprador pode justificar a extinção do contrato com restituição parcial de valores pagos, considerando, pois, a dedução de parcelas realizadas pelo promitente-vendedor com o empreendimento (BRASIL, 2002).

Otávio Luiz Rodrigues Junior acentua que a

superveniência de condições pessoais adversas, que dizem respeito ao patrimônio do devedor ou às condições de sua existência material, não pode ser invocada sob o color de *impossibilidade econômica*, e, com base nisso, admitir-se a imprevisão (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 129).

Segundo Humberto Theodoro Júnior, afigura-se inviável

³ Segundo o STJ, Agravo em Recurso Especial nº 1.148.138/SE, Rel.^a Min. Maria Isabel Galloti, j. 18/12/2018, “a situação de roubo ou desemprego não autoriza a aplicação da teoria da imprevisão, uma vez que essa situação não constitui fato superveniente imprevisível quando da pactuação do contrato.” Confirma, também, precedentes do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG): Apelação Cível nº 1.0701.10.009373-4/003, Rel. Des. Pedro Bernardes, j. em 25/10/2016; Apelação Cível nº 1.0701.13.014156-0/001, Rel. Des. Cabral da Silva, j. em 25/08/2015; Apelação Cível nº 1.0000.19.100531-3/001, Rel.^a Des.^a Cláudia Maia, j. em 03/03/2020.

a invocação da teoria da imprevisão pelo consumidor que se baseia apenas em dificuldades pessoais para cumprir o contrato bilateral já inteiramente adimplido na parte relativa ao fornecedor. Sem fato extraordinário a prejudicar o devedor, e em locupletamento por parte do credor, não se há de cogitar de revisão contratual por onerosidade excessiva, e muito menos em resolução do contrato (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 48-49).

Segundo Rodrigo Xavier Leonardo, a “impossibilidade relativa não se confunde com a simples dificuldade econômica, enfrentada pelo devedor para cumprir sua prestação. A teoria do limite do sacrifício não tem acolhida”. (LEONARDO, 2003, p. 204).

Com efeito, a perda superveniente de capacidade de pagamento, decorrente, *v.g.* de desemprego ou diminuição de renda, pode ser resolvida pela livre renegociação entre as partes.

No âmbito do direito constituído, além das disposições gerais de inadimplemento absoluto (total ou parcial) e da mora, o Código Civil brasileiro dispõe de regras esparsas sobre situações de impossibilidade da prestação.

Assim, nas obrigações de dar coisa certa, a deterioração ou a perda da coisa podem ensejar a resolução, culposa ou não, da obrigação, a depender do comportamento do devedor.⁴ A despeito de regras específicas de gestão de riscos, prevalece a regra de responsabilidade subjetiva do devedor por eventual prejuízo ao credor.

De forma semelhante é o regime da impossibilidade nas obrigações de fazer e de não fazer. Segundo o art. 248 do Código Civil, “se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.” Dispõe o art. 250 que “extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.”

Quanto ao contrato de empreitada, destaca-se a regra do art. 625, I, do Código Civil, que permite a suspensão da obra por força maior, ou seja, fato

⁴ “Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos. Art. 235. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor, culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu. Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.”

alheio à esfera de controle do construtor, irresistível. A partir do caso concreto, pode-se verificar até mesmo uma impossibilidade de natureza definitiva.

De forma semelhante, no contrato de transporte, a teor do art. 753 do Código Civil, verifica-se a força maior como fundamento de impossibilidade temporária ou definitiva da continuidade da execução do contrato.

A incerteza temporal quanto aos efeitos do Coronavírus nas relações de vida torna duvidosa, em alguns casos, a natureza da impossibilidade de cumprimento da prestação: temporária ou definitiva. Valendo-se da doutrina alemã, Catarina Monteiro Pires fala dos *casos de incerteza*:

a doutrina alemã tem salientado que a determinação do caráter temporário da impossibilidade depende de uma avaliação a realizar quando da verificação do impedimento e traduz-se num juízo de prognose sobre suscetibilidade de cessação deste último, de acordo com critérios de razoabilidade (PIRES, 2020, p. 225).

Nesse juízo prospectivo, apresenta-se fundamental o exame do interesse do credor na prestação.

Diferentemente do Código Civil brasileiro, o Código Civil de Portugal, em seu art. 792º, prevê, expressamente, a situação da impossibilidade temporária: “1. Se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento. 2. A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor.”

O Código Civil italiano, também, no art. 1.256,⁵ reconhece a situação de impossibilidade temporária da prestação.

No âmbito da compra e venda internacional de mercadorias, verifica-se, outrossim, regime expresso do impedimento prestacional. Segundo art. 79 (1) do Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014 (que promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral, firmada pelo Brasil),

⁵ “Art. 1.256, 2º co., Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.”

“Se a impossibilidade for apenas temporária, o devedor, enquanto esta perdurar, não será responsável pelo atraso do adimplemento. No entanto, a obrigação se extingue se a impossibilidade persistir até que, em relação ao título da obrigação ou à natureza do objeto, o devedor não possa mais ser considerado obrigado a executar a prestação ou o credor não tenha mais interesse na sua execução.” (tradução nossa).

nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências (BRASIL, 2014a).

Destaque-se que a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) não tem regra expressa sobre a impossibilidade justificada de cumprimento das obrigações nas relações de consumo. Em análise da legislação, com pertinência, observam Daniel Carnaúba, Daniel Dias e Guilherme Lima Reinig que

nenhuma das regras analisadas do CDC trata verdadeiramente da impossibilidade de cumprimento da obrigação em razão de fatores externos. Tanto o art. 35, quanto o § 1º do art. 84, pressupõem que a obrigação assumida pelo fornecedor pode ser cumprida, ou que se tornou impossível por fato imputável a ele (CARNAÚBA; DIAS; REINIG, 2020, p. 58).

Concluem, diante da ausência normativa, pelo recurso ao Código Civil, que, quanto à disciplina da impossibilidade da prestação, “é fragmentário, exigindo do intérprete certa capacidade criativa para oferecer soluções para diversos casos de impossibilidade.” (CARNAÚBA; DIAS; REINIG, 2020, p. 63).

A despeito das regras já mencionadas das obrigações de dar coisa certa, de fazer e de não fazer, bem como dos contratos de empreitada e de transporte, destaca-se a disciplina normativa do inadimplemento, que pode permitir a construção de soluções para os dinâmicos e complexos problemas da atualidade.

Destaque-se que o inadimplemento não se confunde com impossibilidade do cumprimento da prestação. Esta pode ser imputável — ou não — ao comportamento das partes. Para Araken de Assis, inadimplemento é gênero, pois

existirá esse estado ‘quando faltar a prestação devida, isto é, quando o devedor não a cumprir, voluntária ou involuntariamente.’ Entra no circuito do inadimplemento, acreditando-se no asserto acima, além do descumprimento derivado de fato ou ato imputáveis ao obrigado, cuja tônica radica no aspecto *subjetivo*, também a situação *objetiva* decorrente de caso fortuito ou de força maior, que rompem o nexo de

imputabilidade. Da ausência de prestação, nos dois casos, desponta um credor *insatisfeito* (ASSIS, 1994, p. 91).

O estudo dos regimes de inadimplemento no Código Civil brasileiro pode, por exemplo, permitir o enquadramento da situação de impossibilidade superveniente temporária de cumprimento da prestação a partir da ideia de mora — ou não — do devedor e da avaliação da subsistência do interesse do credor.⁶

Em homenagem à natureza e à causa dos contratos, é preciso analisar e aplicar *cum grano salis* o inadimplemento mínimo ou adimplemento substancial. Não se pode, de forma genérica e sem adequada fundamentação, aplicar o referido instituto.

A indiscriminada aplicação da teoria do adimplemento substancial pode ensejar, inclusive, prejuízo ao consumidor. Com essa preocupação, decidiu o STJ que “não há falar em aplicação da teoria do adimplemento substancial, quando se trata de resolução de contrato de compra e venda de imóvel por culpa exclusiva do promitente-vendedor, que extrapolou inclusive a extensão temporal para a entrega da obra estabelecida em cláusula de tolerância” (BRASIL, 2020).

3 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL: POSICIONAMENTO DO STJ

O Ministro Antônio Carlos Ferreira, em importante estudo, sobre a interpretação do adimplemento substancial, faz um levantamento sobre os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

a) contrato de fornecimento (contrato administrativo) – REsp 914.087/RJ; b) contrato de seguro de automóvel (REsp 76.362/MT); c) contrato de promessa de compra e venda (REsp 113.710/SP, REsp 1.215.289/SP, AgRg no AgREsp 13.256/RJ); d) contrato securitário no âmbito da previdência privada com aquisição de cobertura de pecúlio por morte (REsp 877.965/SP); e) contrato de doação com reserva de usufruto (REsp 656.103/DF); f) alienação fiduciária em garantia (REsp 1.287.402/PR, REsp 469.577/SC, Ag Rg no AgREsp 204.701/SC, REsp 272.739/MG); g) contrato de arrendamento mercantil (REsp 1.200.105/AM, REsp 1.051.270/RS); h) contrato de compra e venda (REsp 712.173/RS) (FERREIRA, 2019, p. 50).

⁶ Art. 395, parágrafo único, do Código Civil: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

Como se verifica, é crescente o universo de contratos em que se busca a incidência da teoria do adimplemento substancial.

Contudo, ao argumento de observância a preceito legal expresso, entendeu-se pela inaplicabilidade da teoria aos contratos de alienação fiduciária mobiliária.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 1.622.555/MG, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, em 22 de fevereiro de 2017, entendeu pela absoluta incompatibilidade da teoria do adimplemento substancial com os contratos de alienação fiduciária em garantia disciplinados pelo Decreto-Lei nº 911/1969.

No âmbito do Recurso Especial nº 1.418.593/MS, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, julgamento em 14 de maio de 2014, em que se conferiu efeito repetitivo, já havia sido definida a tese no seguinte sentido:

[...] nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de cinco dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida — entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial —, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária (BRASIL, 2014b).

No caso concreto do REsp nº 1.622.555/MG, tratava-se de inadimplemento das quatro últimas parcelas de um total de 48. Na oportunidade, entendeu-se que a aplicação do Código Civil seria supletiva, valendo-se a incidência do Decreto-Lei nº 911/1969, que não teria qualquer restrição na aplicação do mecanismo da busca e apreensão em razão da extensão da mora. Nesse sentido, a consolidação da posse do devedor fiduciário teria como pressuposto insuperável o total adimplemento contratual.

Em uma perspectiva econômica, assim entendeu o STJ:

[...] 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, com o nítido propósito de desestimular o credor — numa avaliação de custo-benefício — de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé propugnada. 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 (BRASIL, 2017).

A tese foi repetida em outros julgados (AgInt no Resp. 1.851.274/AM, Rel.^a Min. Maria Isabel Galloti, j. em 15/06/2020b).

A propósito, merece, também, relevo a tese firmada no Tema 722:

Nos contratos firmados na vigência da Lei nº 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida — entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial —, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária (BRASIL, 2014c).

Pode-se ponderar, contudo, que a proposta da incidência da análise econômica também pode demonstrar a inviabilidade dessa busca e apreensão, tratando-se de bem móvel de elevada depreciação no tempo.

Assim como não se defende o inadimplemento, também não se defende uma proposição que seja social e economicamente ineficiente.

Se a alienação fiduciária tiver por objeto coisa móvel funcionalizada à subsistência do próprio devedor — por exemplo, um veículo que é o seu instrumento de trabalho —, destacando-se ainda a sua elevada depreciação temporal, não se afigura razoável a busca e apreensão, quando presente o adimplemento substancial ou inadimplemento mínimo, considerando o número de parcelas e a própria natureza da coisa. O credor tem direito ao crédito, e não à coisa.

As funções interna e externa do contrato devem ser consideradas. O exercício da autonomia privada é pautado pela confiança, a satisfação da legítima expectativa das partes, não se podendo reconhecer comportamentos abusivos e, igualmente, ofensivos de toda a ordem jurídica.

De sua vez, como bem pondera o Ministro Antônio Carlos Ferreira,

O uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações. Definitivamente, não. A sua incidência é excepcional, reservada para os casos nos quais a rescisão contratual traduz, *icto oculi*, solução evidentemente desproporcional (FERREIRA, 2019, p. 58-59).

Enfim, é preciso analisar, no caso concreto, a causa e o fim dos contratos.

4 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL: POSICIONAMENTO DO TJMG

No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), destaca-se o julgamento no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0000.16.032.795-3, Rel.^a Des.^a Cláudia Maia, j. 26/02/2018. Em seu bem elaborado voto, com fartos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, a eminente Relatora, valendo-se da Análise Econômica do Direito (AED), bem assentou que:

Restam, destarte, evidentes os perniciosos efeitos no mercado de produção e consumo caso a doutrina do adimplemento substancial fosse acolhida na espécie, dado o inevitável incremento dos juros e do maior rigor quanto à concessão de crédito, havendo aumento da burocracia e prejuízo à circulação de bens, especialmente veículos e maquinários agrícola e industrial (MINAS, 2018).

Como muita propriedade, afirmou:

A teoria da substancial performance foi erigida com o intuito de conceber maior racionalidade e equidade ao direito potestativo do credor de ver resolvido o contrato, balizando o uso do referido poder. O emprego da mencionada doutrina exige o preenchimento de certos requisitos (conforme visto), de modo a equalizar os interesses de ambas as partes envolvidas na relação jurídica, prestigiando acima de tudo o desiderato fundamental do negócio (MINAS, 2018).

Nessa ordem de ideias, seguem diversas decisões judiciais. A título de exemplo, Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.248.542-7, Rel. Des. Moacyr Lobato, j. em 23/02/2023; Apelação Cível 1.0000.23.000785-8, Rel. Des. Lúcio de Brito, j. em 24/02/2023; Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.274125-8, Rel. Des. Ramon Tácio, j. em 15/02/2023.

5 CONCLUSÃO

Em tempos de intensas e complexas trocas econômicas, permeadas pelas mais diversas vicissitudes, não se desconsidera a importância da incidência da boa-fé nas relações negociais.

O exercício de direitos subjetivos deve observar regras, princípios e valores da ordem jurídica.

Nesse sentido, não se desconhece que o exercício da resolução contratual deve ser compatibilizado com a causa e a utilidade do próprio contrato.

De outro lado, não se pode aplicar, de forma indiscriminada, a teoria do adimplemento substancial, violando a própria economia do contrato e trazendo externalidades negativas ao próprio mercado, com consequência direta para os interesses metaindividuais.

A caracterização do adimplemento substancial ou inadimplemento mínimo e sua aplicação demandam muita cautela, não se aceitando, outrossim, seu afastamento, de *per se*, dos contratos, sob o argumento único de sua disciplina por legislação especial.

A configuração do inadimplemento demanda avaliação do efetivo interesse do credor, da natureza e da própria causa contratual. A análise do caso concreto é fundamental.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 out. 2014a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%208.327%2C%20DE%2016,11%20de%20abril%20de%201980. Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.635.882/PR, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 24/08/2020a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.689.441/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 16/11/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp. 1.851.274/AM, Rel.^a Min. Maria Isabel Galloti, j. em 15/06/2020b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.148.138/SE, Rel.^a Min. Maria Isabel Galloti, j. em 18/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 59870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 10/04/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.215.289/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 05/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.418.593/MS, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, j. em 14/05/2014b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.622.555/MG, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 22/02/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.581.505/SC, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 18/8/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema 722. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 27/05/2014c.

CANARIS, Claus-Wilhem. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, 2004.

CARNAÚBA, Daniel; DIAS, Daniel; REINIG, Guilherme Henrique Lima. O coronavírus e a impossibilidade de cumprimento das obrigações nas relações de consumo. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. II, t. IV.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito Processual Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 176, out. 2009, p. 335-340.

ENUNCIADO 361. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF); CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (CEJ). IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2006.

ENUNCIADO 586. In: CENTRO DE ESTUDOS DA JUSTIÇA FEDERAL (CEJ); ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (Enfam). VII Jornada de Direito Civil. Brasília, 2015.

FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, n. 6, v. 18, p. 35-60, jan./mar. 2019.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Contratos imobiliários: impactos da pandemia do coronavírus*. São Paulo: Editora Foco, 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0000.16.032.795-3, Rel.^a Des.^a Cláudia Maia, j. em 26/02/2018.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020.

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

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 20. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2014.