

A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COMO MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

THE SUBSTANTIAL PERFORMANCE THEORY AS MATERIALIZATION OF THE CONSTITUTIONAL CIVIL LAW

Arthur Tomaz da Silva*

Resumo: Um Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana precisa promovê-la em todos os âmbitos de sua atuação. No direito civil, é possível aproximar-se desse fundamento a partir da interpretação desse ramo do direito conforme a Constituição. O presente trabalho se propõe a verificar se/como é possível fazer uma interpretação constitucional do direito civil a partir da teoria do adimplemento substancial. Através de uma pesquisa qualitativa, exploratória, bibliográfica e dedutiva, concluiu-se que ao aplicar tal teoria para beneficiar o devedor que inadimpliu prestações ínfimas do contrato, o julgador preza por sua dignidade como pessoa humana, sopesando esse fundamento constitucional frente ao caráter patrimonialista do direito civil.

Palavras-Chave: Direito civil constitucional. Teoria do adimplemento substancial. Dignidade da pessoa humana. Direito das obrigações.

Abstract: A State that has the dignity of the human being as a cornerstone must promote it in all of the areas of its activity. In the Civil Law, it is possible to approach this cornerstone with the interpretation of this Law field according to the Constitution. This article aims to verify if/how it is possible to make a constitutional interpretation of the Civil Law by using the substantial performance theory. By making a qualitative, exploratory, bibliographical and deductive research, it was possible to conclude that by applying this theory in order to benefit the obligor who has not paid a minimal part of the obligation, the judge appreciates the human being dignity, balancing this cornerstone with the estate characteristic of the Civil Law.

Keywords: Constitutional Civil Law. Substantial performance theory. Human being dignity. Law of obligations.

* Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central – FACHUSC, Salgueiro/PE. Licenciado em Letras pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB em 2014.
E-mail: arthur.thomaz92@gmail.com.



1. INTRODUÇÃO

Desde o início de sua prática, o direito civil sofreu diversas mudanças. Tido inicialmente como balizador de todas as relações privadas, esse ramo do direito transformou-se à medida que a sociedade ficou mais complexa. Com os clamores sociais por intervenção estatal para garantir o bem estar social, também o direito constitucional sofreu mudanças e passou a regular campos em que antes limitava-se a abster-se. Tais campos, como estavam, não supriam a necessidade social

Surge, então, a noção de direito civil constitucional. Consistente na interpretação do direito civil à luz da Constituição, o direito civil constitucional traz as noções de dignidade da pessoa humana para o direito civil. Sobrevém a ideia de despatriomonalização das relações civis, que é justamente a observância da dignidade da pessoa humana nas relações privadas. O homem, não o patrimônio, passa a ser a finalidade do direito civil (assim como para as demais áreas do direito).

Esta característica é o principal reflexo da adoção de uma Constituição como base do ordenamento jurídico: ela passa a irradiar todos os valores que carrega. Dessa forma, ao analisar uma controvérsia em que se discutem obrigações, por exemplo, o intérprete deve levar em consideração não somente o caráter patrimonial da disputa. Mais que isso, deve se atentar sempre aos direitos das partes envolvidas enquanto *peçoas*, enquanto seres humanos.

A teoria do adimplemento substancial visa manter as relações contratuais quando há um inadimplemento ínfimo das prestações obrigacionais. Busca que se estabeleça certa razoabilidade e que se interprete o negócio jurídico em favor do devedor de boa-fé que inadimpliu por motivos de força maior. Dessa forma, procura-se que o julgador diga o direito preocupando-se em considerar que as partes integrantes do litígio são pessoas humanas.

Tal teoria não encontra previsão legal no ordenamento jurídico pátrio. Assim, é utilizada a partir da interpretação do julgador sobre o caso sobre o qual é chamado a decidir. A ausência de positivação, especialmente num ordenamento predominantemente ligado ao *Civil Law*, faz com que sua aplicação não seja uniforme.

O presente trabalho se propõe a expor as discussões atuais acerca do direito civil interpretado à luz da Constituição. Pretende-se verificar de que forma a teoria do adimplemento social torna possível a implementação da interpretação do direito civil à luz da Constituição, bem como quais os reflexos da adoção dessa materialização. Para tanto realizou-se uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, uma vez que a) buscou-se descrever fenômenos que não podem ser prontamente mensu-



rados; e b) recorreu-se à doutrina, à jurisprudência e a artigos científicos sobre o tema para responder o questionamento.

Inicialmente, serão apresentadas as principais discussões acerca do direito civil constitucional, bem como sobre como essa noção modula a interpretação da lei civil. Em outro momento, será apresentada a teoria do adimplemento substancial, bem como suas origens e aplicação no ordenamento pátrio. Avançando, verificar-se-á como os tribunais brasileiros têm aplicado a teoria para a resolução das demandas que lhes são apresentadas. Por fim, considerando os julgados examinados, será feita uma análise de como a teoria materializa o direito civil constitucional.

2. O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

O direito civil, tal qual se conhece hoje, tem sua origem no direito romano. Conforme explica Gonçalves (2020, p. 31), esse ramo do direito preocupa-se com questões que dizem respeito à pessoa e ao patrimônio. É, dessa forma, guia para diversas relações jurídicas entre pessoas e entre estas e os bens. Diz-se, ainda, que o direito civil é o ramo do direito “que regula as ocorrências do dia a dia” (GONÇALVES, 2020, p. 31). É por isso que, muitas vezes, se diz que o Código Civil é a Constituição das relações de âmbito privado.

A principal característica das relações jurídicas privadas é a prevalência da autonomia de vontade. Conforme destacam Fiuza e Marques (2006, p. 89), a autonomia de vontade ganha força a partir do rompimento com o regime absolutista. Os ideais de liberdade e de legalidade se solidificaram e o Estado passou a não interferir nas relações privadas. Surge a regulação das relações privadas pelo contrato.

Buscava-se, então, que o Estado não interferisse na vida privada das pessoas. Queria-se liberdade. Pretendia-se que as relações entre particulares fossem reguladas baseando-se na liberdade para contratar. A legalidade dava respaldo para que os particulares exercessem essa liberdade: podiam contratar livremente e usufruir do patrimônio desde que não houvesse impedimento pela lei. Tal liberdade é fruto do rompimento com os regimes absolutistas: as pessoas passam a ter maior poder e liberdade em relação a seus bens.

Acontece que essa percepção do direito civil sob o prisma de seu nascimento (e sob uma ótica individualista) sofreu alterações a partir das transformações sociais no decorrer do tempo. Durante o período pós-guerra na Europa, observou-se uma mudança de paradigma no âmbito civil (FIUZA; MARQUES, 2006, p. 90). O



Estado, antes absenteísta, passou a preocupar-se com questões tradicionalmente próprias do direito civil. Surge o chamado Estado Social. Noções como dignidade da pessoa humana e função social do contrato são exemplos da preocupação estatal para modular as relações privadas.

O modelo de Estado distante das relações privadas não estava mais de acordo com o que a sociedade buscava. Entendeu-se que era necessária a intervenção estatal nos vínculos entre particulares para trazer equilíbrio entre as partes. Na Inglaterra da Revolução Industrial, por exemplo, a sociedade passou a não conceber que o Estado ficasse inerte frente à exploração da mão de obra em busca de lucro. Necessitava-se, portanto, que o Estado atuasse para equilibrar situações como essa.

O direito civil, que antes ocupava o centro das relações jurídicas privadas, deslocou-se dessa posição, segundo Moraes (1991, p. 131). A Constituição passa a ocupar esse espaço devido a sua hierarquia normativa e a seu caráter de conferir unidade normativa ao ordenamento jurídico como um todo. Para atuar juridicamente para constituir negócios jurídicos, por exemplo, não deve a pessoa buscar amparo exclusivamente no que disciplina o Código Civil ou nos demais diplomas do direito privado. Deve observar, sobretudo, o disposto em normas e princípios da Constituição.

Nesse contexto, surge a ideia de direito civil constitucional. Na explicação de Schreiber e Konder (2016, p. 11), “o direito civil-constitucional é uma corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição”. Supera-se, assim, a ideia de que as relações privadas são exclusivamente regidas por leis específicas (Código Civil, por exemplo).

Nas lições de Gonçalves (2020, p. 43), “o direito civil-constitucional está baseado em uma visão unitária de sistema”. A unicidade é conferida pela Constituição. Todo o ordenamento deve estar em conformidade com aquilo que está previsto na Carta Magna. Isso não significa deixar de lado a legislação infraconstitucional. Há, contudo, a necessidade de fazer uma interpretação conforme a Constituição.

O que justifica a observância dos preceitos constitucionais no direito civil, de acordo com Schreiber e Konder (2016, p. 11), é a superioridade normativa da Constituição. Destacam os autores que a supremacia da Constituição decorre do sistema democrático, uma vez que a Carta Magna é resultado de uma Assembleia Constituinte com forte influência popular, enquanto que a legislação infraconstitucional (a exemplo do Código Civil) advém do legislador ordinário, na qualidade de representantes do povo. Assim, infere-se que a vontade popular tem mais amplitude quando o povo participa mais diretamente no processo legislativo.

Por estar no mais alto patamar no ordenamento jurídico, a Constituição irradia suas normas para todo o ordenamento. Todo o direito deve estar em consonância com os ditames constitucionais, o que garante uma unidade do sistema. Nesse sentido, é reconhecido ao intérprete um papel criativo na interpretação, porém sempre vinculado aos princípios constitucionais (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 14). Dessa forma, o órgão jurisdicional, por exemplo, quando provocado a dirimir um conflito no âmbito cível, deve observar não somente que dispõe a legislação infraconstitucional (v.g. Código Civil), mas também os princípios e dispositivos constitucionais como um todo.

As disposições constitucionais devem ser observadas desde a concepção das relações jurídicas. Não pode um contratante, por exemplo, violar ou ter um direito fundamental violado em decorrência do vínculo jurídico. Deve o particular, portanto, agir conforme a Constituição, pois a exigência da observância da Constituição não se destina apenas aos órgãos jurisdicionais quando frente a um conflito.

Cabe destacar, neste ponto, a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Gonçalves (2020, p. 44) leciona que tal eficácia é a que garante que os preceitos, princípios e fundamentos constitucionais possam ser aplicados nas relações entre particulares. Ora, se a dignidade da pessoa humana está prevista como fundamento da República (art. 1º, III, Constituição Federal), ela deve ser necessariamente observada nas relações regidas pelo direito infraconstitucional, pois a Constituição é a guia que garante unidade ao ordenamento.

Carvalho e Lima (2015) destacam que conferir eficácia horizontal aos direitos fundamentais é uma forma de deixar para trás a dicotomia do direito público e privado. Explicam que “não se pode conceber o direito privado como um sistema independente, dissociado das premissas majoritárias do *Welfare State* e da constitucionalização do direito civil” (p. 17). Assim, em um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição, os ramos que compõe o ordenamento devem pautar-se nos ditames constitucionais.

Sob influência da Constituição Cidadã (BRASIL, 1988), observa-se o fenômeno da despatrimonialização do direito civil no Brasil. Explicam Fiuza e Marques (2006, p. 93) que essa é a noção de que o homem passa a ser a finalidade do direito civil. O foco é deslocado do patrimônio. As relações na esfera cível, inclusive as patrimoniais, buscam satisfazer as necessidades do homem, e não as necessidades do capital.

Importa destacar, contudo, o alerta de Lôbo (2014) a respeito desse instituto: ele não significa a negação do patrimônio. Explica que “o patrimônio está a serviço



da pessoa, e esta não é uma atitude antipatrimonial; é a compreensão do seu papel primordial, considerando-se a primazia da pessoa” (p. 27). Ou seja, não há mutação do direito civil quando se faz sua interpretação sob a ótica constitucional, pois o caráter patrimonial não é extinto. A mudança está na consideração da dignidade da pessoa humana frente a esse patrimônio.

Nesse mesmo sentido, Carvalho e Lima (2015, p. 18) chamam a atenção para o fato de que a interpretação do direito civil conforme a constituição não muda seu objetivo. Segundo eles, essa interpretação não visa descaracterizar as relações privadas, pois não se trata de uma teoria radical. Assim, as pessoas continuam livres para contratar, por exemplo. Busca-se, contudo, que esse contrato tenha um fim social, que observe, dentre outras coisas, a dignidade da pessoa humana.

3. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial teve origem na Inglaterra no século XVIII, de acordo com Gayer (2011, p. 78). Em linhas gerais, explica, surgiu com a finalidade de sanar injustiças observadas quando o devedor inadimplia parcelas ínfimas da obrigação e tinha o contrato resolvido como um todo, o que ocasionava o perdimento dos valores até então pagos ao credor. Observa-se, assim, que, à época, bastava o inadimplemento de uma única parcela para que o contrato fosse resolvido.

Segundo Lima e Marquesi (2018, p. 218), para evitar que o inadimplemento de qualquer prestação ensejasse a resolução do contrato, o direito inglês passou a diferenciar duas categorias de prestações: *condition* e *warranty*. *Condition* seria uma prestação da qual depende a obrigação. *Warranty*, por sua vez, seria uma prestação acessória. Se o devedor inadimplisse uma prestação dependente, haveria a resolução do contrato. O mesmo não aconteceria com a prestação acessória, que ensejaria perdas e danos.

Nesse sentido, segundo Lima e Marquesi (2018), o critério para diferenciar se a prestação é uma *condition* ou uma *warranty* é definido pelas partes, que levam em conta os impactos que o inadimplemento poderia causar ao contrato. Acontece que

a análise da natureza do dever descumprido, ou seja, realizar essa distinção entre os dois tipos de deveres mencionados (*condition* e *warranty*), na prática ainda poderia levar à certas injustiças e insegurança jurídica (LIMA, MARQUESI, 2018, p. 218).

Prosseguem os autores:

a doutrina anglo-saxã evoluiu para analisar a gravidade e consequência da infração como parâmetro para resolução do contrato. Em caso de descumprimento leve somente admitia-se pleitear perdas e danos, em caso de descumprimento grave admitia-se a resolução do contrato (LIMA, MARQUESI, 2018, p. 218).

Dessa forma, a mera previsão sobre o tipo de prestação (*condition* ou *warranty*) mostrou-se insuficiente para aperfeiçoar as relações obrigacionais. Começou-se, então, a verificar o quão grave era a inadimplência e quais as consequências que a resolução contratual implicaria. Percebe-se, assim, a necessidade de fazer juízo de valor acerca dos efeitos que o não cumprimento poderia trazer. A adoção de um critério puramente objetivo não superava os inconvenientes trazidos pela resolução contratual.

De acordo com Becker (1993, p. 63), a teoria do adimplemento substancial (*Substantial Performance*) surge a partir da mudança de perspectiva do julgador. A partir do inadimplemento, passa o magistrado a considerar mais o quanto foi, de fato, executado do contrato do que a parte que não o foi. Assim, passa a entender que em muitos casos as prestações satisfazem a obrigação ainda que uma pequena parte delas não tenha sido realizada.

A autora chama atenção para o fato de que a teoria serve para inibir o enriquecimento ilícito. Não seria justo que o credor se beneficiasse com a resolução do contrato frente a uma desconformidade mínima em seu cumprimento por parte do devedor.

Em relação aos critérios para a aplicação da teoria, Becker (1993, p. 63) elenca três circunstâncias para que o adimplemento seja considerado substancial, a saber: a) proximidade entre o que foi realizado e o que havia sido pactuado; b) que a prestação (mesmo que imperfeita) satisfaça os interesses do credor; e c) que o devedor tenha se esforçado para cumprir a obrigação integralmente.

A primeira circunstância, conforme explica Becker (1993, p. 63), informa que o adimplemento substancial representa um resultado muito próximo do esperado. O devedor, de fato, cumpriu quase que a integralidade das prestações. Para verificar se assim aconteceu, deve-se considerar o contrato como um todo, não somente a prestação faltante. A autora destaca que o defeito da prestação, para que se possa verificar o adimplemento substancial, não pode descaracterizar o contrato. Segundo ela, "A prestação deve ser, ainda, adequada ao fim para o qual fora designada: pode ser inexata, mas não um *aliud*" (p. 64).



A segunda circunstância é o interesse (satisfação) do credor (BECKER, 1993, p. 64). Se a prestação defeituosa ou faltante não interferir no proveito que o credor tem com o contrato, não se justifica sua resolução. Em outras palavras, se o credor aproveita o contrato mesmo com o defeito em determinada parcela da prestação, não faz sentido resolver o contrato como um todo. Isso porque ainda há a utilidade para ele. Cabe, contudo, cobrar perdas e danos pela parte inadimplida.

Para ilustrar a circunstância anterior, a autora cita o exemplo da contratação de um *buffet* para ser servido em uma festa marcada para às 20h. Se a prestação for cumprida somente à meia noite, restará perdida a utilidade para o credor, uma vez que já passou do horário em que deveria ser servido. O atraso, nesse caso, não se mostra como ínfimo. Se, noutra hipótese, o jantar fosse servido às 20h30, o atraso poderia ser aceitável e a prestação considerada proveitosa ao credor.

Imagine, agora, a obrigação de entregar uma obra de arte. Se o prazo acordado para a entrega foi às 20h e ela só é entregue à meia noite, a utilidade não está perdida. Pode o atraso ser maior e ainda assim haver aproveitamento pelo credor. No contrato de compra e venda de imóvel na planta, por exemplo, se a construtora atrasar em uma semana a entrega das chaves, não se pode falar em falta de aproveitamento pelo credor.

Como terceira circunstância, a diligência por parte do devedor tem a ver com a boa-fé objetiva. Estaria agindo com ela, conforme Becker (1993, p. 65), aquele que busca ao máximo atingir os interesses firmados em contrato. Não observaria a boa-fé, pelo contrário, aquele que age com negligência ou que não cumpre a obrigação de forma proposita. Não pode o devedor, por exemplo, pagar noventa e nove das cem prestações pelas quais se obrigou e deixar de pagar a última sem que demonstre sua boa-fé em tentar cumpri-la.

No Brasil, a introdução da teoria do adimplemento substancial ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência. Conforme explicam Lima e Marquesi (2018, p. 219), não há, no ordenamento pátrio, dispositivo legal que materialize expressamente a teoria do adimplemento substancial.

Contudo, o atual Código Civil orienta o que pode ser feito em caso de inadimplemento. Dispõe o artigo 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” (BRASIL, 2002).

¹Do latim: outro (tradução livre)



A partir da leitura do supratranscrito artigo, percebe-se que o legislador conferiu ao credor duas opções frente ao inadimplemento: a resolução do contrato ou exigência do seu cumprimento. Acontece que não resta claro quais critérios devem ser observados na escolha. Por isso, surge a questão de que “o diploma legal não indica qual seja o inadimplemento apto a ensejar a sugerida resolução do contrato, dando-se a falsa ilusão de que seria de qualquer tipo” (LIMA; MARQUESI, 2018, p. 219). Acrescentam os autores que haveria injustiça se o contrato fosse resolvido mediante todo e qualquer inadimplemento por parte do devedor.

No ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com Lima e Marquesi (2018, p. 225), a teoria do adimplemento substancial encontra guarida no princípio da boa-fé objetiva. Relaciona-se, ainda, com o princípio da conservação do negócio jurídico. Tal teoria propõe, acrescentam eles, uma mudança de foco do inadimplemento para o adimplemento. Assim, as prestações efetivamente cumpridas têm maior peso que as que não o foram.

O princípio da boa-fé objetiva, afirmam, permite que se chegue mais próximo à efetiva justiça. Orienta as partes da relação obrigacional a agirem de forma cooperativa. Nesse sentido, credor e devedor devem cooperar para que a obrigação seja satisfeita. Tal princípio, conforme explicam Lima e Marquesi (2018, p. 222), protege o devedor da obrigação. Gomide (2011, p. 5) explica que o princípio da boa-fé objetiva serve como limitador de condutas que possam se caracterizar como abusivas.

O princípio da conservação do negócio jurídico, por sua vez, segundo explicam Silvestre e Oliveira (2009, p. 7.124), informa que se deve evitar que o negócio jurídico deixe de produzir efeitos. Pelo contrário, o negócio jurídico deve, na medida do possível, adequar-se à nova realidade na qual se insere. Explicam que o negócio jurídico tem efeito não somente para as partes que dele participam diretamente, mas para a sociedade como um todo. Conservar o negócio jurídico é, dessa forma, do interesse social.

Por fim, Lima e Marquesi (2018, p. 220) destacam a finalidade da teoria do adimplemento substancial. Para eles, tal teoria visa limitar o direito do contratante adimplente frente ao descumprimento do devedor se tal inadimplência não retirar a utilidade de contrato. É, então, uma maneira de evitar que uma das partes pratique abuso de direito.



4. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como já mencionado no item anterior, a teoria do adimplemento substancial não encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. É a partir da observância aos princípios da boa-fé objetiva e da conservação do negócio jurídico que os órgãos jurisdicionais podem julgar as demandas conforme o que diz a teoria. Passemos, agora, a analisar como os tribunais brasileiros têm aplicado a teoria do adimplemento substancial.

Em 2016, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento à Apelação Cível contra sentença que aplicou a teoria do adimplemento substancial. No primeiro grau, o apelante postulava pela busca e apreensão de bem por inadimplemento do réu. Entendeu o juízo originário ser cabível a teoria. No julgamento do recurso, porém, entendeu o Tribunal ser incabível a aplicação porque o valor adimplido não se aproximava do valor total do débito:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO - NÃO APLICAÇÃO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. **Aplica-se a Teoria do Adimplemento Substancial nos casos em que o devedor já tiver arcado com grande parte do débito**, assim, é de se concluir pela inexistência de interesse de agir a amparar a propositura de Ação de Busca e Apreensão, cujo objetivo é a retomada do bem, devendo o credor buscar outra forma de adimplemento de seu crédito, especialmente porque a retomada do bem consubstancia-se em medida desproporcional. **Contudo, nos casos em que o devedor não tiver quitado a maioria da dívida, o prosseguimento da Ação de Busca e Apreensão se torna a medida mais prudente, objetivando assim assegurar o direito do credor.** (TJ-MG - AC: 10312150018983001 MG, Relator: Arnaldo Maciel, Data de Julgamento: 16/02/2016, Câmaras Cíveis / Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 22/02/2016, grifo nosso)

Compreende-se, do julgado, que não é em toda e qualquer situação que se aplica a teoria. É necessário que o devedor cumpra com a maioria das prestações. É preciso que a obrigação não seja descaracterizada pelo inadimplemento. Não pode o descumprimento causar ao credor a perda da utilidade contratual.

Em 2011, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE DEPÓSITO. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. **Não se pode considerar que tenha havido o adimplemento substancial do contrato quando só houve a quitação de 55,56% do mesmo.** DOS DEMAIS PEDIDOS DO APELANTE. Tratando-se de inovação recursal, o recurso não deve ser conhecido neste ponto. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESTA DESPROVIDO.

(TJ-RS - AC: 70043683481 RS, Relator: Roberto Sbravati, Data de Julgamento: 11/08/2011, Décima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 06/09/2011, grifo nosso)

Diferentemente do caso anterior, em que o apelante pugnava pela não aplicação da teoria do adimplemento substancial, no julgado em análise, o apelante pugnava pela sua aplicação. O apelante havia cumprido com 20 das 36 parcelas que se obrigou a pagar. Entendeu o Tribunal não ser suficiente para aplicação da teoria a quantidade de parcelas efetivamente cumpridas pelo devedor.

No caso em questão, se a teoria fosse aplicada, o credor sofreria o prejuízo referente a 44,44% das prestações. Há redução em quase metade do valor patrimonial e, conseqüentemente, perda da utilidade do contrato. Por conseguinte, não se pode dizer que tal percentual de prestações inadimplidas representa um valor ínfimo. Não haveria razoabilidade em pensar assim.

Vejamos, agora, julgado do Tribunal de Justiça da Bahia, que entendeu como caso de não aplicação da teoria no caso de cumprimento de 61% da obrigação em financiamento de veículo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. NÃO APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 1. **Nos casos em que o devedor não tiver quitado a maioria da dívida, o prosseguimento da Ação de Busca e Apreensão se torna a medida mais prudente, objetivando assim assegurar o direito do credor.** AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. (Classe: Agravo de Instrumento Número do Processo: 0017643-97.2016.8.05.0000, Relator (a): Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 28/11/2016) (TJ-BA - AI: 00176439720168050000, Relator: Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 28/11/2016, grifo nosso)

Note-se que, até então, nos julgados analisados, não há um critério quantitativo objetivo para orientar a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Vejamos decisão do Tribunal de Justiça do Piauí estabelece um critério objetivo neste sentido:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. BUSCA E APREENSÃO E RESCISÃO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. CRITÉRIOS JURÍDICOS NÃO UTILIZADOS. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE NÃO COMPROVADA. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA ANULADA. 1. **A jurisprudência pátria fixou como critério matemático para aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, o cumprimento de pelo menos 80% (oitenta por cento) do contrato.** 2. O critério matemático, embora eficaz na verificação do grau (quantum) de cumprimento do contrato, não é suficiente para justificar a



aplicação da teoria do adimplemento substancial. 3. **Para aplicação da teoria, deve o magistrado, além de quantificar a parcela do contrato já cumprida, investigar a existência de justo motivo por parte do devedor para o inadimplemento da parte restante, bem como buscar a composição conciliatória entre as partes antes de aplicá-la.** 4. Apelação provida. Sentença anulada. (TJ-PI - AC: 201400010032360 PI 201400010032360, Relator: Des. Oton Mário José Lustosa Torres, Data de Julgamento: 26/08/2014, Quarta Câmara Especializada Cível, grifo nosso)

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO - DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL - COMPRA E VENDA DE POTRO - PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DO CONTRATO - ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL - 80% DAS PARCELAS PAGAS - SENTENÇA MANTIDA. **Havendo o adimplemento de 80% do contrato, considerando que, desde o deferimento da liminar de busca e apreensão até esta data já decorreram mais de três anos e meio, aplica-se a teoria do adimplemento substancial do contrato.** RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP 40020132120138260624 SP 4002013-21.2013.8.26.0624, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 11/09/2017, Vigésima Sétima Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 15/09/2017, grifo nosso)

Visualiza-se, com os últimos dois julgados transcritos, que há um critério quantitativo objetivo para nortear a aplicação da teoria. Exige-se que reste cumprido pelo menos 80% da obrigação para que se possa considerar o adimplemento como substancial. Acontece que o critério puramente quantitativo dá margem ao devedor que, de má-fé, deixa de cumprir com a obrigação para utilizar a teoria do adimplemento substancial em sua defesa. Adiciona-se a boa-fé objetiva, conforme explicado no tópico anterior, para fazer (ou deixar de fazer) a aplicação da teoria:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MORA CARACTERIZADA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR NÃO CARACTERIZADO. De acordo com o artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, para que haja a busca e apreensão do bem financiado é necessário, somente, que seja caracterizada a mora do arrendatário. **Para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, não é suficiente a utilização de critério matemático-objetivo, sendo necessário, também, a existência da boa-fé objetiva.** (TJ-DF - APC: 20130310302140 DF 0029679-16.2013.8.07.0003, Relator: Esdras Neves, Data de Julgamento: 19/03/2014, Sexta Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 25/03/2014. Pág.: 304, grifo nosso)

No caso em questão, houve extinção do processo sem resolução do mérito no primeiro grau pela aplicação da teoria. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu que o critério matemático-objetivo (quantidade de

prestações cumpridas) não é suficiente para aplicação se não for observada a boa-fé objetiva do devedor. Deu provimento ao recurso para determinar que o processo prosseguisse no primeiro grau.

Por fim, analisemos um caso em que a teoria do adimplemento substancial é usada para coibir o enriquecimento ilícito da parte que aproveita o contrato mesmo após inadimplemento em parte. O julgado é do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. NOTA DE EMPENHO. INEXECUÇÃO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO. CULPA. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ATUALIZAÇÃO. TERMO INICIAL. **1. É exigível o pagamento da parcela da obrigação cumprida, ainda que se trate de inexecução por culpa do contratado, sob pena de ensejar enriquecimento ilícito do contratante, sobretudo quando o adimplemento parcial foi substancial e útil a este.** 2. Os honorários advocatícios devem ser atualizados a contar da data da sentença. Erro material corrigido no ponto. (TRF-4 - APELREEX: 50011513320124047117 RS 5001151-33.2012.4.04.7117, Relator: Fernando Quadros da Silva, Data de Julgamento: 12/11/2014, Terceira Turma, grifo nosso)

Percebe-se, nos casos trazidos, que não há uma regra puramente objetiva sobre o quanto deve ter sido pago para que se possa aplicar a teoria do adimplemento substancial. Com efeito, o critério puramente objetivo abriria margem para o descumprimento deliberado das obrigações com a finalidade de usar a teoria do adimplemento substancial em favor do devedor que assim agisse de má-fé.

Importa destacar, contudo, que tal teoria visa, também, impedir o enriquecimento ilícito por parte do credor que poderia aproveitar o contrato mesmo com o descumprimento parcial. Da mesma forma que não pode o devedor deliberadamente deixar de pagar a obrigação para se beneficiar da teoria do adimplemento substancial, não pode o credor decidir resolver o contrato deliberadamente quando ele lhe seja útil.

5. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COMO FORMA DE MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Após as considerações acerca do direito civil constitucional e da teoria do adimplemento substancial (bem como sobre a forma como ela é aplicada pelos tribunais brasileiros), cumpre discorrer acerca da compatibilidade entre os dois temas. Procurar-se-á, a seguir, verificar se a teoria estudada é uma forma de interpretar o direito civil sob a ótica constitucional.



Já foi discutido que a supremacia normativa da Constituição impõe que todo o ordenamento jurídico lhe deve obediência. Dessa forma, o direito civil não pode ser visto como um ramo independente. Ao contratar, por exemplo, não pode a pessoa firmar cláusulas que violem a dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, é necessário que todas as relações privadas observem a dignidade da pessoa humana, pois é um dos fundamentos da Constituição.

A teoria do adimplemento substancial orienta que não se deve proceder à resolução do contrato quando houver inadimplemento de parcelas ínfimas da obrigação. O objetivo é manter o contrato para que ele chegue a seu fim quando a inadimplência não fizer cessar o proveito da parte credora. Em outras palavras, se a prestação, ainda que imperfeita, for útil a parte, não há porque resolver o contrato.

Nesse sentido, Gomide (2011, p. 5) cita como exemplo o caso da pessoa que adquire imóvel em 100 prestações e, por dificuldade financeira, não paga duas parcelas. Percebe-se, aqui, que o devedor haveria cumprido com 98% de sua obrigação (caráter matemático-objetivo). Note-se, também, que a pessoa deixa de pagar por dificuldade financeiras (boa-fé objetiva). Em caso de inadimplemento das duas últimas parcelas, se houvesse resolução do contrato por parte da construtora, não haveria justiça. Perceba-se, ainda, que a utilidade é mantida pois a obrigação não é descaracterizada.

Se houvesse a resolução contratual, nesse caso, a parte credora estaria priorizando o caráter patrimonial do contrato. Estaria, sem dúvidas, deixando de lado a pessoa devedora. Não estaria observando sua dignidade. Tal situação não estaria de acordo com o que diz a Constituição. Se um órgão jurisdicional, por exemplo, decidisse em favor da resolução, não estaria observando os preceitos constitucionais.

Para evitar que a parte credora tenha prejuízo, deve-se lançar mão de outros meios. Pode o credor, de acordo com a teoria do adimplemento substancial, pleitear por perdas e danos, uma vez que a resolução contratual não se mostra razoável. Há, assim, outros meios capazes de minimizar as perdas suportadas pelo inadimplemento do devedor de boa-fé sem que se resolva o contrato impedindo que esse alcance o seu fim.

Em situações como no exemplo acima, mitiga-se a autonomia privada em benefício da dignidade da pessoa humana. Há a despatrimonialização do direito civil porque se prefere assistir à pessoa (pessoa como finalidade do direito civil) em detrimento do caráter patrimonial da obrigação. De acordo com Mendonça (2016, p. 134), a teoria do adimplemento substancial atende às exigências demandadas pelo Estado Social.

Ainda, aplicar a teoria do adimplemento substancial em casos como esse é observar o princípio da boa-fé objetiva. Lima e Marquesi (2018, p. 222) destacam que tal princípio reclama cooperação entre as partes. Assim, cabe ao credor cooperar para que a obrigação atinja o seu fim. A resolução do contrato que origina a obrigação, nos casos em que há inadimplemento de poucas prestações, não se mostra viável, pois não considera o ser humano como finalidade, colocando-o em posição secundária e priorizando o caráter patrimonial da obrigação. Afirmam os autores, ainda, que “com relação ao direito das obrigações é perfeitamente visível a proteção que o Código Civil garante ao sujeito que estiver de boa-fé, inclusive quando se trata do devedor da obrigação” (p. 223).

Assim, é possível fazer relação entre a teoria do adimplemento substancial e a interpretação do direito civil à luz da Constituição. Quando o julgador entende que não é razoável que o devedor tenha o contrato resolvido porque inadimpliu, por força maior, poucas prestações da obrigação, está primando pela dignidade da pessoa humana. Mitiga-se o direito do credor para despatrimonializar a relação obrigacional em observância aos preceitos constitucionais acerca da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato.

Faz-se, nesse caso, uma interpretação e aplicação do direito civil à luz da Constituição. Interpreta-se o direito como um todo e aplica-se a lei com o objetivo de concretizar os princípios fundamentais e direitos fundamentais que disciplinam todo o ordenamento. Coloca-se em prática os avanços conquistados pelo povo e consagrados na Constituição após um período de luta e reivindicações ao longo de toda a história, mas principalmente na história mais recente, no período pós-ditadura, que levou à promulgação da Constituição de 1988.

6. CONCLUSÃO

Pelo exposto, pode-se dizer que a aplicação da teoria do adimplemento substancial é uma forma de interpretar o direito civil à luz da Constituição. Ao proteger o devedor de boa-fé que deixa de cumprir pequena parte das prestações (que não retiram a utilidade do contrato ao credor), o julgador preza pela dignidade da pessoa humana. A observância da dignidade da pessoa humana está em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, logo, é uma interpretação da lei civil conforme a Carta Magna.



O Estado Democrático de Direito exige que todo o ordenamento jurídico esteja em consonância com o que está disposto em sua Constituição. O texto constitucional, dessa forma, está em posição hierárquica superior a qualquer legislação ordinária. Assim, o texto infraconstitucional deve estar em consonância com o texto da Lei Maior.

No caso do Brasil, tanto o legislador (na feitura das leis) quanto o julgador (no exercício da jurisdição) devem observar os preceitos constitucionais. Um desses preceitos é a dignidade da pessoa humana, que consta expressamente no texto constitucional como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O direito civil, em sua origem, tem caráter bastante individualista. Rege as relações privadas em que muitas vezes se pede que o Estado não intervenha. Acontece que o Estado Democrático de Direito reclama que tais relações privadas observem também a Constituição. Os direitos fundamentais passam a ter eficácia horizontal, devendo ser observados também onde não há a presença do Estado. Surge, assim, a ideia de direito civil constitucional, que é justamente a interpretação e aplicação do direito civil sob a luz da Constituição.

É possível fazer tal interpretação através da teoria do adimplemento substancial, que postula que o contrato não se resolva quando houver inadimplemento de poucas prestações pelo devedor de boa-fé. Através dela, é possível que se priorize a dignidade da pessoa humana em detrimento de uma interpretação puramente patrimonial da relação contratual. Há, em sua aplicação, um sopesamento entre dignidade da pessoa humana e patrimônio; entre o interesse do credor e do devedor.

Originada no direito inglês, a teoria do adimplemento substancial não se encontra positivada no direito brasileiro. Diante da ausência de previsão legal, a doutrina e a jurisprudência orientam o operador do direito em sua aplicação, com o objetivo de limitar o direito do contratante adimplente quando a falta do devedor não representar perda de utilidade ao contrato. A teoria possibilita, assim, que o negócio jurídico seja mantido e que o devedor inadimplente não seja punido com a resolução quando agir de boa-fé.

Os tribunais brasileiros têm julgado demandas de acordo com a teoria do adimplemento substancial. Tais órgãos colegiados destacam que não se pode adotar um critério puramente matemático para a aplicação da teoria. Não se pode, assim, entender que há um limite mínimo ou máximo de prestações descumpridas para que se possa fazer uso da teoria. É preciso ir além e fazer uma análise qualitativa do caso para observar tanto a presença da boa-fé objetiva do devedor inadimplente, quanto do mantimento utilidade do contrato após o inadimplemento.



Dessa forma, há compatibilidade entre a teoria do adimplemento substancial e a interpretação do direito civil conforme a Constituição, de modo que aquela é uma forma de materialização, ou concretização, desta. Ao proteger o devedor de boa-fé que, por circunstâncias alheias à sua vontade, deixa de cumprir com sua obrigação, o julgador interpreta a relação particular conforme a Lei Maior. O magistrado, nesse caso, mitiga o caráter patrimonial da obrigação para levar em consideração os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana. Destarte, consideram-se tanto os interesses do credor quanto os do devedor.

REFERÊNCIAS

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, v. 9, n. 1, p. 61-77, 1993. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/68813>. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA, Renata Albuquerque. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 1, n. 17, p. 11-23, dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/469/187>. Acesso em: 3 jun. 2021.

FIUZA, César; MARQUES, Emanuel Adilson. Constitucionalização do direito das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Santa Cecília, v. 8, n. 1, p. 87-108, dez. 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/106/100>. Acesso em: 25 mai. 2021.

GAYER, Geana Santos. Teoria do adimplemento substancial. *Revista da Escola da Magistratura do Paraná*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 77-94, dez. 2011. Disponível em: <https://www.emap.com.br/wp-content/uploads/2020/09/Revista-EMAP-Vol-02.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2021.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 45, n. 1, p.



71-83, jan. 2011. Disponível em: <http://files.geraldine3.webnode.com/200000018-46a3748990/Adimplemento-Substancial.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; MARQUESI, Roberto Wagner. A teoria do adimplemento substancial e os critérios para sua aplicação. *Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 215-233, jun. 2018. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/viewFile/128/169>. Acesso em: 03 jun. 2021.

LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al (org.). *Direito civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 19-27.

MENDONÇA, Aline Lima Pessoa de. Análise Econômica Da Aplicação Da Teoria Do Adimplemento Substancial Aos Contratos De Arrendamento Mercantil Sob A Égide Do Sistema Civil-Constitucional Brasileiro. *Revista da AMDE*, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 120-137, jan. 2016. Disponível em: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/295/pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito civil Constitucional. *Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 126-163, dez. 1991. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/352/325>. Acesso em: 03 jun. 2021.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o Direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito civil*, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, p. 9-27, dez. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/42/36>. Acesso em: 03 jun. 2021.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; OLIVEIRA, Guilherme Fernandes. Reflexões em torno do princípio da conservação do negócio jurídico. In: *XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*, 2009, Maringá/PR (Anais). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 7122-7146. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/maringa/Maringa_integra.pdf. Acesso em: 03 jun. 2021.