

**UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ**

**Hudson Ananias**

**ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO**

**Taubaté-SP  
2020**

**Hudson Ananias**

## **ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção do Certificado de Bacharel pelo Curso Direito no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Área de Concentração: Processo Penal/ Direitos Humanos.

Orientadora Prof.(a): Prof. MSc.  
Alessandra Alvissus de Melo Salles  
Ultchak.

**Taubaté  
2020**

**Hudson Ananias**

**ADIMPLEMTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção do Certificado de Bacharel pelo Curso Direito no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Área de Concentração: Processo Penal/ Direitos Humanos.

Orientadora Prof.(a): Prof. MSc. Alessandra Alvissus de Melo Salles Ultchak

Data: \_\_\_\_\_

Resultado: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Prof. MSc. Alessandra Alvissus de Melo Salles Ultchak Universidade de Taubaté

Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Assinatura \_\_\_\_\_

## RESUMO

A teoria estabelecida pelo adimplemento substancial partiu de estudos de doutrinas e jurisprudência. A metodologia do presente trabalho é a dialética, consistente em pesquisas bibliográfica, jurisprudencial, doutrinária, assim como em artigos e livros extraídos da internet. A verificação do inadimplemento contratual não fundamenta a amortização do interesse jurídico ininterruptamente quando se refere a obrigações de baixo valor e se o devedor tiver regulado sua conduta pela boa fé, da mesma forma que, o contrato tenha atingido seu fim maior, evitando a rescisão por razão insignificante e oferecendo mais estabilidade às relações contratuais, com intuito de gerar mais garantias à sociedade, com um julgamento justo. Sua importância consiste no fato de que se assegura no Código Civil de 2002, e a prática à aplicação da teoria se mostra eficaz e disseminada. Estabelece por objetivo principal evitar que o credor determine a relação contratual em virtude de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. O meio estabelecido para finalizar é a ação de resolução contratual.

**Palavras-Chave:** Adimplemento. Adimplemento Substancial. Direito Processual Civil. Contrato.

## **ABSTRACT**

The theory established by the substantial performance started from studies of doctrines and jurisprudence. The methodology of this work is dialectics, consisting of bibliographic, jurisprudential, doctrinal research, as well as articles and books extracted from the internet. The verification of the contractual default does not justify the amortization of the legal interest without interruption when referring to low value obligations and if the debtor has regulated his conduct in good faith, in the same way that the contract has reached its greatest purpose, avoiding termination by insignificant reason and offering more stability to contractual relations, in order to generate more guarantees to society, with a fair trial. Its importance consists in the fact that it is guaranteed in the Civil Code of 2002, and the practice of applying the theory proves to be effective and widespread. Its main objective is to prevent the creditor from determining the contractual relationship due to the default of a very small portion of the obligation. The means established to conclude is the action of contractual resolution.

**Keywords:** Compliance. Substantial Performance. Civil Procedural Law. Contract.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>2 CONTRATO: FONTE DAS OBRIGAÇÕES</b> .....	<b>8</b>
2.1 O Contrato e os Princípios que o Regem .....	9
2.1.1 Princípio da Autonomia da Vontade .....	9
2.1.2 Princípio da Função Social.....	10
2.1.3 Princípio da Obrigatoriedade da Convenção .....	11
2.1.4 Princípio da Relatividade das Convenções .....	12
2.1.5 Princípio da Boa-Fé Objetiva.....	12
<b>3 A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS (PACTA SUNT SERVANDA) ....</b>	<b>14</b>
<b>4 ADIMPLENTO E INADIMPLENTO: CONCEITOS E MODALIDADES .....</b>	<b>18</b>
4.2 Cumprimento da Obrigação e Adimplemento.....	18
4.3 O Inadimplemento: Noção e Modalidades .....	19
4.3.1 Inadimplementos Absolutos: Descumprimento Total ou Incumprimento Definitivo .....	20
<b>5 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>22</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>43</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>46</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade traz relações, interpessoais e, conseqüentemente, direitos e deveres. Assim, através das obrigações o cidadão é submetido ao encargo de cumprir o prometido, principalmente os termos estabelecidos pela relação contratual.

Fica estabelecida pela teoria do Adimplemento Substancial estabelece predomínio doutrinário e jurisprudencial na atualidade do Direito Contratual Brasileiro. Por essa teoria, em casos onde o contrato tiver sido quase todo cumprido, sendo a mora insignificante, não caberá sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, como a cobrança ou pleito que indenize perdas e danos.

Os contratos que englobam o meio jurídico são a basal fonte das obrigações, continuamente marcado sob a esfera privada, através da autonomia da vontade, a qual se define possível determinação partes das cláusulas que remetam a um determinado negócio, dominando, sequencialmente, a liberdade como meio para a devida expressão da vontade.

Não prevista formalmente no Código Civil de 2002, substanciada nos princípios da boa-fé objetiva, quanto a vedação da função social do contrato, do direito e a ascensão sem determinado motivo da função social proposta pelo contrato da vedação ao abuso de direito e a ascensão sem causa, a teoria do adimplemento substancial sustenta a teoria que não se deve considerar resolvida a obrigação quando a atividade do devedor, embora não tenha sido perfeita ou não atingido plenamente o fim proposto, aproxima-se consideravelmente do seu resultado final.

O adimplemento substancial tem sido aplicado, com frequência, nos contrato de seguro, e não permite a resolução do vínculo contratual se houver cumprimento a resolução do vínculo contratual se houver cumprimento significativo da obrigação assumida.

O Trabalho tem como objetivo apresentar o adimplemento Substancial no cenário do Direito Brasileiro, usando de metodologia dialética, qualitativa, com base bibliográfica, através de livros, artigos, jurisprudências e doutrinas.

Na primeira seção será abordada conceitual de contratos. Na segunda seção o enfoque se dará a partir da força obrigatória dos contratos, passando para a

terceira seção que tratará dos termos conceituais de Adimplemento e Inadimplemento, para na quarta seção, efetivamente, fazendo jus ao título do trabalho, apresentar a discussão sobre Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e apresentando exemplo em jurisprudência.

Insta salientar que, de acordo com características do caso, a teoria do adimplemento substancial opera como ferramenta de igualdade perante da circunstância fático-jurídica, admitindo dissoluções plausíveis e ponderadas.



## 2 CONTRATO: FONTE DAS OBRIGAÇÕES

Os contratos são a mais comum e mais importante fonte de obrigação do direito brasileiro. É instrumento jurídico de grande relevância, sendo veículo de circulação de riquezas, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista (BEVILÁCQUA, 1934)

Tartuce (2018) estabelece que o termo “fonte” é linguagem figurada, que significa o fato jurídico que deu origem ao vínculo obrigacional. O termo ainda pode encaixar para exprimir quais são as manifestações jurídicas, aqui, de natureza obrigacional. Conforme a melhor doutrina preleciona, são fontes das obrigações:

- a) Lei;
- b) Os atos ilícitos e o abuso de direito;
- c) Os atos unilaterais;
- d) Os títulos de crédito; e
- e) Contratos.

Os contratos são tidos como fonte principal do direito obrigacional, podendo citar como exemplo, as figuras tipificadas no Código Civil de 2002, tais como a compra e venda, o contrato estimatório, a doação, a locação, o comodato, o mútuo, a prestação de serviços, a empreitada, o depósito, o mandato, entre outros tipos. Para fins didáticos, demonstrando que a concepção de contrato não se confunde com a de obrigação, pode-se conceituar o primeiro como o negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial. Esse conceito, seguido amplamente na doutrina brasileira, está inspirada no art. 1.321 do Código Civil italiano (TARTUCE, 2018).

Segundo Diniz (2008):

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Para Bevilácqua (1934), contrato é um "acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos". Já na definição de Menezes

(2011, p. 5), contrato é o "mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto".

## **2.1 O Contrato e os Princípios que o Regem**

O Código Civil de 2002 inovou no que se refere a uma boa compreensão dos contratos, enredada com princípios que apresentam cristalinamente a ideia da sociabilidade. No capítulo devotado à Teoria Geral dos Contratos estão as disposições relativas à função social do contrato e à boa-fé objetiva, norteadoras de toda a disciplina contratual.

Segundo Alvim (2003), não somente no Direito Civil, como também no Direito Privado no geral, buscam a conjunção do princípio da autonomia da vontade, ou seja, autonomia da liberdade com o da paridade ou igualdade. O que se deseja é buscar um equilíbrio da sociedade, ainda que seja necessário sacrificar a esfera da liberdade individual.

### **2.1.1 Princípio da Autonomia da Vontade**

Alvim (2003) estabelece que em relação a este princípio tem-se que a autonomia privada é a liberdade de poder contratar. Dessa forma, seu surgimento tendo sido baseado no egocentrismo jurídico, característico do Direito Privado. É com base neste princípio que se tem a possibilidade de ser livre para: contratar ou não, escolher o melhor tipo contratual, poder optar pelo momento oportuno de se contratar; optar por escolher o outro contratante e ter a possibilidade de se escolher o conteúdo do contrato.

É princípio contrastante em relação ao da função social, que exige uma aplicação mais harmônica. No Código Civil de 2002, surge a função social como limite para a primazia dos contratos. Este seria o sentido que ordena nos termos "exercida em razão e nos limites da função social do contrato" conforme preconizado no artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Em relevância, no Enunciado 23 do Conselho Superior da Justiça Federal (CSJF), a função social do contrato, prevista no artigo 421, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses meta individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. Com isso, tem-se que, não obstante da sua limitação no novo Código Civil, ainda existe o princípio da autonomia da vontade.

O contrato é um entendimento social do referido instrumento jurídico, no qual não somente o momento da exteriorização da vontade importa, como também seus efeitos na sociedade serão levados em conta, assim, onde há condição social e econômica das pessoas, suas diferenças econômicas ganham importância (ALVIM, 2003).

### **2.1.2 Princípio da Função Social**

Nesse contexto, vem à tona o princípio da função social inaugural na legislação civil nacional vigente, no que concerne em matéria alusiva aos contratos e na parte das disposições gerais, asseverando o novo curso que deverá ser observado e adotado em relação aos contratos (REALE, 1984).

Reale (1984) estabelece que é determinante que os interesses privados no contrato sejam exercidos em equivalência com os interesses sociais, sempre que se apresentem. Não podendo assim haver conflitos entre eles, afinal os interesses sociais são fundamentais. Todo contrato reverbera no ambiente social, ao cevar singular e determinado ordenamento de conduta.

O artigo 170 da Constituição Federal estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social (BRASIL, 1988).

Assevera o Enunciado 22 do CSJF explana que a função social do contrato, cunhada no art. 421 do novo Código Civil, concebe cláusula geral, que corrobora o princípio de conservação do contrato, viabilizando permutas fundamentais e justas (BRASIL, 2002).

O contrato nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. “O contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser

executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida” (REALE, 1984, p. 10).

### 2.1.3 Princípio da Obrigatoriedade da Convenção

Conhecido também como princípio do *pacta sunt servanda* ou ainda da obrigatoriedade gerada pela manifestação de vontades livres. Presentes as exigências essenciais à validade do contrato, tornar-se-ia imperioso, constringendo as partes ou contratantes ao incondicional cumprimento em qualquer que seja as circunstâncias. Desta forma demonstravam-se devido a uma sapiência de se refletir atos de liberdade individual e, portanto, deviam ser considerados equânimes (RODRIGUES, 2003).

Segundo Rodrigues (2003), firmado um determinado contrato, apenas se modificaria com novo pacto entre as vontades. Sendo assim, tampouco judicialmente poderia intencionar possível metamorfose nas cláusulas de um contrato, a menos que surgisse o reconhecimento de nulidades ou no caso de se buscar sua resolução.

O Código Civil trouxe novidades no que diz respeito a esta matéria, a proteção do aderente cunhada nos artigos 423 e 424, podendo assim gerar a nulidade absoluta de cláusulas abusivas, abreviando a grandeza da obrigatoriedade das convenções (ALVIM, 2003).

De que a obrigatoriedade dos contratos “assenta em preocupação que ultrapassa as raias do interesse particular para atender a um anseio de segurança que é de ordem geral”. Ele explica seu ponto de vista dizendo que quem promete algo cria uma expectativa no meio social, que afeta o equilíbrio da sociedade e que a ordem jurídica deve garantir (RODRIGUES, 2003, p. 12).

O efeito do “*pacta sunt servanda*” acha-se no tolhimento da cláusula “*rebus sic stantibus*” (onerosidade excessiva), ou seja, as coisas devem permanecer como estavam antes. A expressão tem origem no Direito Canônico, aproveitada para designar o princípio da imprevisão, no qual, calhando um fato imprevisível “*á posteriori*” à celebração do contrato protelado ou de cumprimento sucessivo, que

possa gerar onerosidade excessiva, pressupõe modificações nas condições da sua execução (DINIZ, 2010).

Oportuno, também mencionar que o Código de Defesa do Consumidor - CDC – prevê, em seu artigo 6º, V,: “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (BRASIL, 1990). Por este dispositivo do CDC, a revisão independe de ser imprevisível o fato superveniente que tornou excessivamente onerosa a prestação do consumidor, tal como se exige em campo civil.

#### **2.1.4 Princípio da Relatividade das Convenções**

Bessone (1997) explica que por esse princípio, os contratos não obrigam senão as partes contratantes, ou seja, não vinculam terceiros. Contudo, há de se saber que existem possibilidades para que terceiros sejam alcançados pelos contratos.

Terceiros podem ser atingidos por seus efeitos em determinados casos, tal qual se dá, com os sucessores, no plano universal como no singular.

“A sucessão os transforma em partes supervenientes, retirando-lhes a condição de terceiros em face do ato, de cuja formação não participou” (BESSONE 1997, p. 164).

#### **2.1.5 Princípio da Boa-Fé Objetiva**

Hironaka (2017) leciona que desde os primórdios, a humanidade busca desenvolver estruturas para que as relações sejam mais éticas. Por isso, é comum encontrar em diferentes sociedades, regras mínimas e básicas de convívio com base no princípio da boa-fé. Dar a cada um que é seu, não lesar ninguém e viver honestamente são conceitos que demonstram que a ética está presente em todas as

esferas: seja na política, na economia, na administração pública e, naturalmente, no Direito.

O Direito, em especial, está intimamente ligado aos conceitos éticos. Afinal, é a partir da ética que se extrai toda a estrutura do ordenamento jurídico. Em outras palavras, isso significa que as leis, de modo geral, são baseadas em princípios éticos. Nas palavras de Hironaka (2017, p. 114): “Não se fala em direito se não se falar em ética. Assim, não se fala em sociedade justa, se esta mesma sociedade não se estruturar sobre firme base valorativa ética”.

Não se trata da ideia de uma prática de ato contrário ao Direito, (boa-fé subjetiva), mas do respeito e da coadjuvação entre as pessoas envolvidas nos contratos. Dessa guisa, seu cerne traz uma regra de comportamento e atitudes que serão valorados de acordo com os parâmetros do respeito, da probidade e da honestidade, estabelecendo, assim, comportamentos éticos mínimos (HIRONAKA, 2017).

Dessa forma, abre-se enorme campo para possíveis revisões judiciais dos contratos, perpassando a segundo plano a autonomia da vontade, como cláusula geral do contrato, a boa-fé objetiva, procura sempre alcançar o fim do contrato.

### 3 A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS (PACTA SUNT SERVANDA)

Na definição de Subtil (2012), *pacta sunt servanda* pode ser traduzido como a afirmação de força obrigatória que os pactos, contratos ou obrigações assumidos devem ser respeitados e cumpridos integralmente. Tem por ideia que o contrato celebrado foi firmado por iniciativas das partes, alicerçado na autonomia da vontade destes. Assim, cumpre estes honrarem todo o pacto estabelecido. Sob esse aspecto é inadmissível a intervenção externa para alteração do estabelecido livremente entre os contratantes.

*Rebus sic stantibus*, essa traduzida como a manutenção do contrato enquanto as coisas estejam assim, ou seja, desde que mantidas as mesmas condições quando da elaboração do contrato/ pacto, para todas as partes envolvidas. Essa é a exceção a obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) de cumprimento dos contratos, pois que, havendo e onerosidade à uma das partes, poderá referido contrato ser revisto e ter alterada suas cláusulas, visando manter-se o equilíbrio idêntico ao do momento que este foi firmado (SUBTIL, 2012).

O princípio da *pacta sunt servanda* destina-se a preservar a autonomia da vontade declarada, incluindo a liberdade de firmar o contrato em causa, bem como a segurança da relação jurídica subjacente (SUBTIL, 2012, p. 32).

Na revisão contratual (*rebus sic stantibus*), “não se pretende a declaração da nulidade do contrato, mas sim a garantia da execução equitativa do acordo firmado, como efeito de cláusulas *rebus sic stantibus*, que constitui uma exceção ao *pacta sunt servanda*” (SUBTIL, 2012, p. 34).

O Direito Romano não traz uma concepção avulsa de contrato, ao passo que se apresenta como categoria geral e abstrata, haja vista que os romanos, “não aceitavam uma categoria geral dos contratos, dado que toda a sistemática contratual romana tinha como único fundamento a tipicidade” (AZEVEDO, 2011).

Azevedo (2011) visualiza que o contrato se tratava de mera operação econômica, revestido com força de lei entre aqueles que o celebraram, reinando assim absoluto o princípio do *pacta sunt servanda*.

Nesse aspecto, esse arquétipo romano, perfazendo um contrato estes devem ser adimplidos, sem que haja interferência de terceiros ou mesmo do Estado. Este princípio teve seu clímax no liberalismo econômico, em meados do século

XVIII, período que reinava o egocentrismo intenso, em que se contrapunha qualquer que fosse uma possível atuação intervencionista, ainda que se buscasse um bem comum mais abrangente, ou provindo de parte estranha, a que abarcava tal obrigação (DINIZ, 2010).

Diniz (2010) acrescenta que composto de total confrontação ao Estado Absolutista, já o Estado Liberal trazia e seu bojo como argumento de força, proteger os indivíduos frente ao poder soberano do Estado.

Assim, era característico um Estado revestido de poderes limitados, notabilizando-se os direitos individuais e políticos e a defesa da livre iniciativa, livre concorrência e da não intervenção do estatal nas nos litígios privadas (DINIZ, 2010).

De acordo com Smith (1996), uma das principais figuras do liberalismo, adensa de modo simples e eficaz argumentos, cujo qual, norteou o Estado Liberal, afirmava: “É suficiente que deixemos o homem abandonado em sua iniciativa para que ao perseguir seu próprio interesse promova o dos demais. “O interesse privado é o motor da vida econômica””.

Ainda acerca da obrigatoriedade dos contratos, importante a lição de Gomes (1998, p. 18) que estabelece: “celebrado que seja com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos”.

Na mesma linha, Diniz (2010, p. 28) afirma que “o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito”. Considerando na sequência o direito subordinado pelos princípios da obrigatoriedade contratual, da autonomia da vontade, do consensualíssimo e autonomia da vontade.

Abordando o princípio da autonomia da vontade que consagrou seu espargimento e aplicabilidade pela confecção do direito civil o qual delimitou o exame do Direito e a escola da interpretação, o que paralisou o pensamento jurídico, restringindo-o a uma avaliação literal da Lei, o que tolhia, muito, o progresso da autonomia da vontade no direito brasileiro (DINIZ, 2010).

Desta forma, Strenger (2003, p. 67) considera que a “faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações comerciais”. Observa-se, certa bonança na cognição doutrinária acerca da função do princípio da autonomia da vontade nos contratos.



Miranda (1962, p.58) explica “que não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites”.

Contudo, ainda que tal limitação esteja cada vez mais despicienda, notado que as incumbências do comércio esta cada vez mais distante da ordem pública, que por sua própria supressão ou retenção, ensejaram à criação da “*lex*” mercancia. São os contratos, como se percebe, um gleba para adoção da autonomia de vontade tendo, assim, como critério decretório da lei que será aplicável (MIRANDA, 1962).

Strenger (2003, p. 73) afirma que:

A autonomia da vontade assumiu, em verdade, o sentido específico, que jamais perderá, do poder de regulamentação das próprias relações, ou dos próprios interesses, dentro das limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual como bem comum. A força da autonomia da vontade praticamente se concentra no contrato que, sendo uma relação entre sujeitos de direito, é, em consequência, o campo mais abrangido por essa categoria jurídica, notadamente porque a relação obrigacional se estabelece entre pessoas.

Na autonomia da vontade, vislumbra-se o regimento que outorga aos particulares o poder de auto regulação, orquestrado em um contrato. Ainda nesse diapasão, a autonomia da vontade estabeleceu como princípio objetivado em todo intrincado comportamento do comércio, precisamente, porque se manifestou satisfatória a perfazer a oficialização dos atos jurídicos, de que se valem as ajustes na execução de seus termos (STRENGER, 2003).

Segundo Diniz (2010) as cláusulas contratuais nesta teoria deverão ser cumpridas como preceitos plenos, vinculado os contratantes, da mesma maneira que se normas legais fossem.

A compulsoriedade, no entanto, não seria absoluta. Deve-se verdadeiro respeito às leis e, sobretudo, aos princípios, cujos quais, de força obrigatória coexistem, entre eles, a legalidade, da igualdade, o da Legalidade (DINIZ, 2010).

Tem-se que os princípios gerais do Direito compreendem um sistema congruente, sendo assim, pode-se dizer que “*pacta sunt servanda*” como sendo o princípio que ante um contrato, este obriga as partes dentro dos limites legais.

Sobre tais limitações, Marques (1995, p. 92) traz uma lição pertinente:

A limitação da liberdade contratual vai possibilitar, assim que novas obrigações, não oriundas da vontade declarada ou interna dos contratantes,

sejam inseridas no contrato em virtude da lei ou ainda em virtude de uma interpretação construtiva dos juízes, demonstrando mais uma vez o papel predominante da lei em relação à vontade na nova concepção de contrato.

Finaliza Marques (1995) que atendidos os pressupostos de validade, ficam obrigadas as partes de forma quase absoluta. Importante frisar que se trata de ser quase absoluta, tendo em vista ainda que existem possibilidades de episódios alheios à vontade das partes, ou seja, excêntricos à formação do contrato, e que devem importar em exceções.

## 4 ADIMPLENTO E INADIMPLENTO: CONCEITOS E MODALIDADES

Como primeiras palavras acerca das modalidades de extinção obrigacional, vale conceituar de forma simples e objetiva os institutos cabíveis, conforme segue.

O adimplemento se dá por meio do pagamento, cumprimento integral da obrigação, tendo-se assim a liberação total do devedor em relação ao credor, aquele vínculo obrigacional, ou seja, adimplemento é a forma de extinguir uma obrigação.

Inadimplemento existe em duas modalidades:

- a) Inadimplemento relativo, parcial ou mora, como sendo na hipótese em que o devedor apenas cumpre com uma parte da obrigação, havendo o descumprimento parcial da obrigação, que ainda pode ser cumprida.
- b) Inadimplemento total ou absoluto, na hipótese em que o devedor não mais poderá cumprir com sua obrigação, quando a obrigação se torna inútil ao credor.

### 4.2 Cumprimento da Obrigação e Adimplemento

Através do efetivo pagamento, adimplemento ou cumprimento de uma situação obrigacional, atinge-se a liberação do devedor acerca daquele elo em relação ao credor (MARTINS, 2008).

Podemos subdividir:

- Pagamento direto, elementos subjetivos, ou seja, a quem devo pagar e quem deverá pagar;
- Elementos objetivos, como se dará o pagamento e o que deverá ser entregue como pagamento;
- Lugar do pagamento, onde deverá ser pago;
- Tempo do pagamento, a que tempo devera ocorrer à entrega da prestação.
- Regras especiais de pagamento, através dos atos unilaterais, atos bilaterais ou negócios jurídicos, quais sejam, pagamento em consignação;
- Imputação do pagamento;
- Sub-rogação legal.

- Formas indiretas de pagamento aceitas no ordenamento jurídico pátrio, sub-rogação convencional;
- Dação em pagamento;
- Novação;
- Compensação;
- Confusão; e
- Remissão.

Em que pese às diversas modalidades reguladas pelo novel diploma nacional, qual seja o Código Civil de 2002, a mais comum entre elas seja talvez o pagamento, ou seja, a entrega do bem da vida almejado e acordado no ato do pacto, aliás, frisa-se que as obrigações por si só tem uma natureza inerente de transitoriedade, em outras palavras as obrigações nascem com um tempo de vida para que sejam extintas, maior desejo seja do credor, seja do devedor, que muito embora pactuam livremente sobre seus bens, lançando mão de seus patrimônios querem sempre se verem livres desse vínculo obrigacional (BRASIL, 2002).

### **4.3 O Inadimplemento: Noção e Modalidades**

Com a obrigação nasce junto o risco assumido pelo credor e devedor, quanto à impossibilidade do cumprimento da obrigação, adimplemento ou pagamento e é justamente a isso que interessa o presente tópico, abalizar uma noção quanto ao momento em que se dá o inadimplemento, ou seja, a partir de que momento essa obrigação se mostra inadimplente, em poucas palavras, essa obrigação estará em mora no exato momento em que se venceu o acordado para que se realizasse a entrega do bem da vida do devedor ao credor, como exemplo podemos citar uma parcela de um financiamento com vencimento hipotético em 01/01/2020, no dia 02/01/2020 a partir das 00:00 horas este estará em mora tendo em vista a possibilidade de se realizar o pagamento, em contrapartida estará inadimplente aquele que ao não realizar o pagamento da obrigação esta se torna inútil ao credor, não tendo mais valor algum ao credor sujeitando-se assim o devedor inadimplente ou em mora as sanções propostas no ato da contratação, observando sempre os limites da lei (BRASIL, 2002).

Existem duas formas de inadimplemento:

- a) inadimplemento total ou absoluto – se na hipótese em que a obrigação não poderá mais ser cumprida, tornando-se inútil ao credor;
- b) inadimplemento relativo, parcial ou mora – se trata de hipótese em que existe apenas um descumprimento parcial de determinada obrigação, que poderá ser cumprida sem maiores entraves.

#### **4.3.1 Inadimplementos Absolutos: Descumprimento Total ou Incumprimento Definitivo**

Alvim (1955) estabeleceu que Mora e inadimplemento absoluto são espécies do gênero inadimplemento, porém apresentam características distintas. Em comum, o fato de que ambos referem-se ao descumprimento da prestação principal: dar, fazer ou não fazer. O inadimplemento absoluto resulta da completa impossibilidade de cumprimento da obrigação, a mora é a sanção pelo descumprimento de uma obrigação que ainda é possível, pois, apesar de não realizada, há viabilidade de adimplemento posterior.

Conforme a primeira parte do artigo 389 do Código Civil: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos ...”. O inadimplemento absoluto é forma de incumprimento das obrigações. Verificada também nas palavras de Agostinho Alvim (1955, p.25): “quando a obrigação não foi cumprida e nem pode ser”.

Pondera Alvim (1955) que as perdas e danos estão diretamente ligados ao artigo 389 do Código Civil, pois este como já dito refere-se ao inadimplemento absoluto. O inadimplemento deriva da culpa *lato sensu*, abrangendo o descumprimento voluntário, bem como aquela violação contratual que não seja intencional, mas resulte da responsabilidade por falta de diligência.

Se o devedor não justificar o descumprimento pela exteriorização do caso fortuito, força maior ou da modificação da base objetiva do negócio jurídico, deverá arcar com as consequências do inadimplemento.

O Inadimplemento absoluto pode ser total ou parcial. Será total quando a obrigação é completamente descumprida. Já o parcial tem lugar quando a prestação

é entregue apenas em uma de suas partes. Como exemplifica Tepedino (2004, p.692):

Será parcial o inadimplemento absoluto da agência de turismo que promove uma excursão envolvendo visitas a diversas cidades, mas não leva o viajante a uma delas porque deixou de confirmar, com a antecedência necessária, a hospedagem no hotel pré- agendado e não foi capaz de alojar os seus contratantes em outro estabelecimento; a viagem fora, portanto, realizada, mas acabou descumprida, de modo definitiva, uma das obrigações definidas no contrato.

Desta maneira o credor não será obrigado a receber por partes, se assim não se ajustou (art. 314, CC), poderá responsabilizar o devedor pelo irremediável descumprimento da parcela contratual (MARTINS, 2008).

## 5 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

O adimplemento substancial tem origem inglesa, da *substantial performance*, consiste em limitar o exercício do direito do devedor à resolução do contrato, no que estabelece a relação obrigatória que advém do contrato, a princípio, cabe o recurso a legislação pátria, a fim de apurar normas incidente na espécie (BECKER, 1993).

Deve-se ter em mente, na tarefa de investigar ao redor da aplicabilidade do instituto no Brasil, que os requisitos apontados pela legislação estrangeira para esta aplicação são os de que o descumprimento contratual seja de parte mínima da prestação, de que os interesses do credor, a despeito deste descumprimento, tenham sido preservados ou atendidos, bem como de que o devedor tenha empregado os cabíveis, os devidos esforços no sentido de adimplir sua obrigação, não logrando, entretanto, fazê-lo em conformidade com o contratado. Apenas quanto ao requisito do esforço do devedor em cumprir suas obrigações há certa vacilação nos direitos analisados (BECKER, 1993, p. 47).

Becker (1993) ensina que o Direito pátrio quando aplicado aos contratos e ao seu cumprimento ou descumprimento, transforma-se, perante da tendência de parte dos operadores do Direito nacional, ao uso do contrato como instrumento distributivo, fazer alguns apontamentos acerca da função social do contrato, diante dos preceitos constitucionais aplicáveis à ordem econômica e financeira, com extensão aos dispositivos que cuidam dos direitos e garantias fundamentais. É que a adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados vêm gerando reações, por parte da doutrina referida, que se podem dizer desproporcionais, que teriam, ver-se-á abaixo, consequências desfavoráveis no que se refere ao instituto dos contratos e, em especial, à finalidade precípua inerente a este instituto, que é o tráfico jurídico e econômico (BECKER, 1993, p. 56):

Krings separa as 'lacunas externas' que se situam fora do sistema legal das 'internas' que são as que se apresentam dentro dos limites do sistema legal, tendo por suposto a colmatação das lacunas. As 'externas' são as que para serem preenchidas requerem a extensão do sistema ao caso concreto não previsto, mediante o recurso analógico. As 'internas' surgem quando a lei emprega alguns termos, sem contudo fornecer a sua definição, ou seja, quando a lei é ambígua, obscura ou imprecisa, caso em que são colmatadas pelos tribunais.

Em Brasil (2002), a instituição do CCB/16, teve pouco cuidado com a teoria do adimplemento substancial, talvez em virtude da mínima exploração da boa-fé

objetiva e da função social do contrato, a qual alguns acreditam existir baseamento e a aplicação no Direito pátrio.

No Código Civil vigente, em que pese seja agora discutida a aplicabilidade da teoria ao Direito nacional, não se encontra qualquer previsão expressa no sentido de sua aplicabilidade (FERREIRA, 2015).

Evidencia David (1978), que proeminentemente, é correto que as relações nacionais e de diferentes etnias estão cada vez mais comuns sendo os investimentos de capitais originários de uns países em outros. Por conta disso, é possível observar, pertencente ao direito obrigacional e contratual, é cada vez mais comum que se equiparem os direitos dos países distintos, zelando pela compatibilidade, no âmbito internacional, os tratados e as normas de regulação dos blocos econômicos. “Prova da tendência de harmonização entre os diferentes direitos nacionais, tirantes as peculiaridades de cada país” (DAVID, 1978, p. 30-31):

As mesmas circunstâncias criam necessidades e geram sentimentos idênticos, o movimento legislativo tem seguido, em larga medida, as mesmas vias nos diversos países da Europa de há cem anos para cá. Quer se considere o direito comercial, o direito do trabalho, e da segurança social, ou mesmo o direito de família, o do processo e o direito administrativo constatam-se não apenas a existência de algumas grandes correntes que se assemelham, mas, mais concretamente, a concordância de numerosos desenvolvimentos legislativos; num período de vinte anos, de dez anos, ou mesmo inferior, a reforma que foi realizada em um país e que aí prova o seu valor, é introduzida em outros países, com esta ou aquela modificação, tendo em conta circunstâncias especiais ou que visem a aperfeiçoá-la ou integrá-la mais perfeitamente no direito desse novo país. O cheque inglês, a suspensão belga na execução das penas, a sociedade de responsabilidade limitada alemã, o regime sueco de participação nos lucros são apenas alguns exemplos, bem conhecidos, de instituições de que a França encontrou modelo em certas leis estrangeiras.

Bussata (2008) ressalta semelhanças entre os diferentes direitos, envolvendo as mais diferentes áreas de especialização, sendo por certo maior a aproximação em esferas como o obrigacional, em que acontece a teoria do adimplemento substancial, em razão notadamente do mercado comercial estar cada vez mais intenso, como consequência do fenômeno da globalização.

Conforme Bussata (2008, p. 38), “no Direito Romano não se conhecia a figura da resolução contratual por incumprimento, assistindo ao credor, somente, a ação que focasse o cumprimento da obrigação”. Apenas se existisse, no ajuste, acordo entre as partes antecipando a dissolução do contrato nesta hipótese (de



incumprimento), é que ocorria a dissolução do vínculo contratual, com a restituição patrimonial.

Somente no Direito Canônico criou-se entendimento para “a resolução contratual, nas hipóteses de contratos bilatérias, com prestações recíprocas, com fundamento na ideia de equidade. De aplicação inicial no matrimônio” (BUSSATA, 2008, p. 38), logo o preceito se ampliou aos demais contratos.

Com o foco na teoria da causa, entendida a prestação de uma parte como a finalidade da contratação da outra, a teoria da “condição resolutiva tácita” dos contratos bilaterais se registrou no Código Napoleônico, especialmente em seu art. 1.184. Considerando a transcrição da construção histórica, dos direitos dos países da Europa ocidental e daqueles que por estes foram colonizados, justificaram o fato de as demais ordenações que seguiram o modelo do *Code* compreenderem a previsão de resolução contratual, até mesmo independentemente expressa previsão contratual das partes nesse sentido (DINIZ, 1962).

Becker (1993) salienta que hoje em dia, não se atinge mais a previsão tácita de rompimento do ajuste por resolução como uma condição implícita, mas como uma faculdade outorgada ao credor, na possibilidade de inadimplemento por parte do devedor.

Na concepção de Becker (1993), o surgimento de relações que se ampliavam pelo tempo, ainda a percepção da relação obrigacional como fenômeno complexo, e não mais simples, deram ensejo a questionamentos acerca da possibilidade de todo e qualquer descumprimento obrigacional provocar a resolução contratual. Assim é que, por construção pretoriana, no sistema do *common law*:

Os ingleses passaram a entender que o descumprimento de deveres colaterais ou acessórios ao contrato não daria motivo à resolução, logo, a prestação que deveria ser descumprida, para tal consequência, seria uma prestação dependente (*condition*), ou seja, que encontrasse correspondência em uma contraprestação da outra parte. O descumprimento dos deveres colaterais ou acessórios (*warranties*) ensejaria tão somente a possibilidade de cobrança de perdas e danos, caso estes se verificasse (BECKER, 1993, p. 60-77).

Os argumentos citados acima serviram de base para a decisão de caso que é tido como o precursor do desenvolvimento da teoria aqui cuidada, conhecido como *Bonee vs Eyre*, julgado em 1779. Percebe-se dos referidos argumentos a distinção entre as *conditions* e as *warranties*. Entretanto, para os ingleses, a distinção entre as

obrigações das duas espécies faladas revelou-se tortuosa, impondo, assim, a necessidade de estabelecimento de critérios acerca desta diferenciação. Dois foram os critérios inicialmente estabelecidos pelos Tribunais ingleses, a saber: a vontade das partes, que poderiam declarar em contrato o que se entenderia como uma coisa ou outra; e a importância da prestação para a economia contratual, entendendo-se assim que o descumprimento dos deveres essenciais, *conditions*, daria motivo ao exercício protestativo, pela parte adimplente, da resolução contratual.

Da mesma forma, foi averiguado que a conceituação acima apresentada poderia ocasionar injustiças, pois não eram consideradas as consequências do descumprimento. Com efeito, o conceito fazia com que uma leve, levíssima infração a uma *condition*, de efeitos irrelevantes, desse ensejo à possibilidade de resolução contratual, ao passo que o descumprimento de outro dever, que fosse tomado como não essencial, poderia trazer prejuízos extremos ao credor.

Por conseguinte, evoluiu-se para a noção de *intermediate* ou *innominate term*, referindo-se a deveres que, dada a natureza, não se enquadravam como *condition* ou *warranty*, permitindo-se a resolução contratual, no caso de violação destes deveres, a partir da constatação no caso concreto da gravidade dos efeitos desta violação, considerada para tanto a economia do contrato, o *sinagma* (BUSSATA, 2008, p. 41). Descumprimentos considerados, com estes parâmetros, leves, ensejariam o direito de cobrarem-se perdas e danos, ao passo que os descumprimentos graves (fundamental *breach*) à resolução do ajuste.

Desta forma, evoluindo de uma noção de tipo de dever contratual descumprido, para uma verificação efetiva da gravidade do descumprimento, consideradas as consequências que, da violação do ajuste, decorresse para a economia contratual. Conforme Becker (1993, p. 62), dois foram os critérios adotados, na Inglaterra, para estabelecimento do grau do incumprimento: “a seriedade das consequências que de fato resultaram do descumprimento”, e a “importância que as partes ‘pareceram dar’ à cláusula infringida”. O desenvolvimento da teoria, como constata a autora citada, teve por escopo permitir que uma das partes contratuais não se beneficiasse de um ligeiro descumprimento contratual por parte da outra, servindo assim a teoria a obviar o enriquecimento ilícito. A doutrina ganhou reforço, nos dizeres da doutrinadora, com a reforma judiciária inglesa de 1873, que estabeleceu que, em caso de conflito, prevaleceriam as regras do *equity* sobre as da *common law*.

Conforme Becker (1993, p. 63), “a aplicação da teoria descarta a adoção do método subsuntivo de aplicação da lei, reclamando o da concreção, fazendo, assim, que o juiz adote uma postura mais ativa”, usando parâmetros concretos para a solução de casos concretos. E a jurisprudência inglesa, secundada pela norte-americana, criou, para aferição das hipóteses de adimplemento substancial, os parâmetros da “proximidade entre o efetivamente realizado e aquilo que estava previsto no contrato”; que “a prestação imperfeita satisfaça os interesses do credor”; e, ainda, parâmetro que se refere ao esforço do devedor, à sua diligência em prestar conforme se obrigou. Adverte a autora, entretanto, que, sob uma ótica objetivista, seria questionável o terceiro dos parâmetros apontados.

Em sequência, Becker (1993) aponta que o cumprimento apurado seria tão próximo do contratado que não chegaria a abalar a reciprocidade, “o sinalagma das prestações correspectivas”. Esta avaliação deve ser feita com o contrato como um todo e não partes do mesmo, consideradas separadamente. Ainda, tem-se que os desvios não devem ser considerados simplesmente de forma objetiva, devendo-se ter em conta ainda se, apesar de sua existência, foram atendidos em essência os interesses do credor. Não se trata, assim, apenas do estabelecimento da utilidade da prestação, mas também da necessária verificação do preenchimento das expectativas do credor.

Por fim, mesmo em função dos ditames da boa-fé objetiva, dos deveres de lealdade e honestidade, deve o juiz, ao aplicar a teoria do *substantial performance*, perquirir se a parte devedora agiu conforme os padrões de lisura e honestidade que lhe são impostos, buscando preservar os interesses do co-contratante. Conforme Becker:

Para a jurisprudência norte-americana, é importante a conduta do devedor; é dito que “a doutrina do *substantial performance* pretende a proteção e auxílio daqueles que leal e honestamente esforçaram-se em executar seus contratos em todos os particulares materiais e substanciais, de modo que seu direito à compensação não deva ser perdido em razão de meros defeitos ou omissões técnicas, inadvertidas ou não importantes”; não se aplicando “onde não foi feito real esforço para cumprir com o contrato” (BECKER, 1993, p 62).

Becker continua a exemplificar que como efeitos da aplicação da teoria em questão, a impossibilidade de manejo, pelo credor que teve seus interesses substancialmente preenchidos pela prestação, da exceção do contrato não cumprido, objetivando não contraprestar, bem como de requerer a resolução contratual. Explica-se: os direitos em vertente, que se oferecem ao credor e são

oponíveis ao devedor, são remédios contra o desequilíbrio contratual, o qual não ocorre na hipótese de um adimplemento substancial, eis que, em essência, não ocorre, na hipótese, o “comprometimento da comutatividade”. Se são, de um lado, suprimidos ao credor os direitos referidos, de outro se tem que cabe a ele requerer o adimplemento completo, por parte do devedor, bem como o das eventuais perdas e danos decorrentes do adimplemento defeituoso por parte do devedor (BECKER, 1993, p.63).

O adimplemento substancial acontece, em rodeada sùmula, quando a prestação for essencialmente cumprida pelo devedor e, por consequência, os interesses do credor satisfeitos, a despeito da mínima diferença entre o que deveria ser prestado, conforme previsto em contrato, e o que efetivamente o foi. Em algumas situações, o direito potestativo à resolução contratual é afastado, em virtude do proveito da prestação para o credor e, ainda, por dizerem-se injustos os efeitos da resolução, afastando-se também a possibilidade de manejo da exceção do contrato não cumprido. Nesse sentido vem a lição de Becker (1993, p. 62):

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

Conforme Bussatta (2008, p. 87):

A resolução é medida extrema, já que extingue o vínculo contratual com efeitos ex tunc, retirando-lhe, em geral, todos os efeitos práticos jurídicos que produziu ou ainda que deveria produzir. Logo, importa em séria sanção ao contratante inadimplente. É patente, então, que, havendo inadimplemento de escassa importância, de pequena gravidade, insignificante, a resolução será uma resposta manifestamente desproporcional, desequilibrada e, por que não dizer, injusta e contrária à finalidade econômica do contrato, de forma que fica vedada pela boa-fé objetiva. Assim não resta dúvida de que a teoria do adimplemento substancial, que contém em si, em última análise, a vedação do uso desequilibrado do direito de resolução, encontra fundamento de aplicação na boa-fé objetiva, especialmente em sua função limitativa do exercício das posições jurídicas.

Ainda, para Becker (1993, p. 60). o adimplemento substancial é “um adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização”.

Becker (1993) analisa chamado adimplemento substancial, conforme se extrai das lições transcritas, necessário é que se avalie se foram atingidos os objetivos da

relação obrigacional concreta, isto é, se o contrato atingiu seus objetivos, enunciados nas prestações devidas de parte a parte. A relação obrigacional em sua atual acepção complexa, com efeito, exige a satisfação dos interesses do credor, devendo-se levar em conta, de toda forma, também os interesses do devedor, funcionando a boa-fé, em sua função de proteção, como fator que limita eventuais abusos, de parte a parte, no curso da relação.

Para Becker (1993), o adimplemento substancial diferencia do inadimplemento fundamental ou absoluto, já que, quando da ocorrência deste último, a resolução é cabível, eis que o essencial da obrigação não foi cumprido e assim não houve a satisfação dos interesses do credor, frustrando-se assim o contrato em sua finalidade ou causa. Assim, no adimplemento substancial, o essencial da obrigação é prestado, satisfazendo os interesses do credor, não cabendo a resolução do contrato, pois, em tese, estar-se-ia diante de situação mais desvantajosa do que a que acarretaria a manutenção da avença, com a cobrança de perdas e danos pela parte lesada. Aliás, na hipótese, a indenização por perdas e danos é corolário da verificação da imprecisão do cumprimento, mesmo como forma de garantir-se a comutatividade contratual (BECKER, 1993).

Becker (1993) sintetiza que no direito brasileiro e dos requisitos e parâmetros para tanto, compete considerar o tratamento oferecido, relacionado à diferentes ordenamentos jurídicos, em especial os que, por uma razão ou outra, têm influência sobre o ordenamento nacional.

Todavia, o grande exercício direito à resolução, pelo credor, não é ilimitado, no sentido de que não será qualquer falta de interesse no recebimento da obrigação comutativa que ensejará o direito ao exercício da resolução. Larenz aduz que a gradação do desinteresse do credor, que autorizaria a resolução pelo descumprimento ocorrido, deve decorrer da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, enunciado no §242, pois, no caso da falta de parte insignificante da prestação, não caberia a ação resolutória (LARENZ, 1958, p. 327).

Bussatta (2008, p. 47) apresenta “que, se o devedor não cumprir a sua obrigação em conformidade ao contrato, não caberá ao credor resolução contratual, quando a lesão obrigacional for insignificante”. Ainda, o que se tem é que o art. 320, II, do BGB, prevê que “Se for parcialmente satisfeita a prestação por um dos lados, não poderá ser recusada a contraprestação desde que a recusa, de acordo com as circunstâncias”, particularmente por causa da insignificância proporcional da parte

restante, infringir a boa-fé (DINIZ, 1993, p. 62). Desta forma, a rejeição do devedor, em determinadas situações, deve ser especificamente justificada, de forma a fundamentar o exercício da exceção do contrato não cumprido.

Diniz (1993) esclarece que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados são lacunas na legislação, deixadas pelo legislador de forma proposital para serem preenchidas no caso concreto, de forma a conferir ao sistema jurídico uma completude, notadamente em seu aspecto dinâmico. O legislador não retira uma consequência de sua observância ou não, ao passo que o faz no que concerne aos últimos, caso a hipótese a ele levada amolde-se à aplicação do conceito jurídico indeterminado, conforme sua valoração. Cavalieri Filho (2005) leciona sobre a adoção da técnica legislativa, em que pese em solo nacional ela não seja adotada pelo legislador civil de forma pura, mas mista, adotando-se também a técnica subsuntiva, implica, como visto, o reconhecimento de que o sistema de leis não é completo, sendo incapaz de abarcar todas as situações da vida, possuindo, pois, lacunas, seja estática, mas especialmente dinamicamente considerado. Em que pese as diferentes visões e ideologias que pairam sobre a problemática da análise das lacunas no Direito, ressaltadas com propriedade por Diniz (1993, p. 83), tome-se concepção citada por aquela autora, suficiente à compreensão da espécie em análise:

Com referência na lição de Fonseca (2007, p. 11-12):

As cláusulas gerais 'são normas jurídicas legisladas, incorporadas de um princípio ético orientador do Juiz na solução do caso concreto, autorizando o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido adotada no caso'. Neste sentido, a norma não mais se enquadra na técnica tradicional de caracterização cerrada do *fattispecie*, e a sua aplicação deixa de ser uma simples subsunção do fato à norma, 'para exigir um trabalho judicial prévio e criador da própria regra concreta do caso'. Idem, ibidem. As cláusulas gerais são 'linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade. As cláusulas gerais dão mobilidade ao sistema interno do Código Civil, através de formulações significativa e propositadamente genéricas e abstratas.

Em sequência, Diniz (1993, p. 68) confirma as lições transcritas pelo doutrinador à ideia estabelecida, onde as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados induzem a necessidade de preenchimento, sedimentação ou integração, em consequência de uma previsão ou opção do legislador, de forma a, estática e dinamicamente considerado, "o Direito não se tornar obsoleto ou ser

injusto, diante dos anseios da sociedade ou comunidade a que se destina, também de forma a fazer-se uma melhor regulação ou composição do caso concreto”.

Com resultado, Diniz (1993, p. 74), as ordens jurídicas contêm normas acerca da forma de preenchimento das lacunas neles existentes, como corolário do fato de que, se eles visam à regulação de certa sociedade, ditando as regras que por esta devem ser seguidas, é essencial que os integrantes dela tenham como, de antecipadamente, saber suas as vontades e os objetivos. Isto é decorrência, no Brasil, especialmente da noção de segurança, contida no caput do art. 5.º, da Constituição Federal, bem como do disposto no art. 3.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. A disposição, que confere aplicabilidade e efetividade ao ordenamento, reclama, por óbvio, que o jurisdicionado tenha como, a partir do conjunto de normas destinadas a reger a sociedade, extrair-lhes o sentido. Assim é que o art. 4.º, da mesma Lei de Introdução ao Código Civil, reconhecendo a hipótese de omissão legislativa, carrega previsão no sentido da forma de integração das eventuais omissões ou lacunas que existam, prevendo que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, dizendo o art. 5.º, ainda, que, na aplicação da lei, “o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL - Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942).

O atual Código Civil (BRASIL, 2002) considera a possibilidade de erro de direito por meio de seu art. 139, inciso III 92, admitindo e desprezando o desconhecimento da lei, suavizando, desta forma, a disposição do art. 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, acarretem na colação às lições agregadas, as quais, rebatidas, fazem transbordar a relevância da preservação do ordenamento, mesmo como pressuposição de sua validade e eficácia. Inicialmente:

A questão básica está em saber se, admitindo-se que alguém invoque erro de direito não se estará abrindo uma válvula de escape para violação da norma *nemo consentur* ignorar e legem ou ignorância legis non excusat. A segurança social, pela presunção de que todos devem conhecer a lei, e, portanto, não podem alegar a sua ignorância para deixar de cumpri-la não estaria ameaçada? Ou haveria condição de conciliá-las? Ou seriam elas inconciliáveis? Cabe notar que o erro de direito não seria provocado somente pela ignorância da lei, mas também pelo seu conhecimento deficiente ou interpretação duvidosa, carente de rigor técnico-jurídico. Vale lembrar também que os próprios doutrinadores e tribunais cometem, por vezes, erro no campo do Direito. A enumeração de exemplos de erro de direito não é tão extensa como a dos de fato. Alguns desses exemplos são inclusive de erro de fato, apontados como de direito. [...] [...] A admissão do erro de direito, com a finalidade de impugnar ato jurídico, parece-nos

perniciosa para a segurança do próprio ordenamento jurídico. Por maiores que sejam as restrições que alguns autores façam, admitir o erro de direito como causa de anulabilidade do ato jurídico, sempre há o perigo de que por extensão tal atitude acabe infringindo o princípio salutar que está no art. 3.º da Lei de Introdução do Código Civil (BRASIL, 2002)

Para Fradara (2004, p. 566), a moderna doutrina sobre o erro de direito, apontada na teoria da confiança e impetrando ainda as questões de erro de fato, terminam por admitir a ocorrência da figura, “reafirmar a norma do art. 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil”, enfatizando a necessidade de alcançar-se a segurança jurídica, não se podendo, na composição de matérias que envolvam aquela figura, neste sentido, prender-se a questão íntima do declaratório (teoria da vontade) ou apegar-se excessivamente à declaração (teoria da declaração):

Esse é o sentido que se deve dar ao art. 138, do Código Civil, se interpretado conforme a Constituição. E essa foi à interpretação dada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, em Jornada de Direito Civil realizada de 11 a 13 de setembro de 2002, conforme o enunciado 12: na sistemática do art. 138 é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança. Perceba-se que o prescritivo protege a vontade, tanto que permite a anulação do negócio em razão do erro. No entanto, desloca o critério de aferição do erro: não importa o íntimo de quem alega o erro; importa a possibilidade objetiva que teve a outra parte de conhecer a situação de erro. Note-se que há colidência entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, resolvida em favor da segunda, mais própria do regime constitucionalmente imposto à ordem econômica. A pretensão anulatória de quem erra (e, por isso, está de boa-fé, conforme se antecipou acima) pode se chocar com a pretensão conservativa da contraparte, amparada pela boa-fé objetiva. A cognoscibilidade objetiva do erro – que é critério indicado pela lei para permitir a anulação em caso de erro – preserva o valor social do negócio, exatamente com a mesma preocupação subjacente à norma do art. 3.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Convém lembrar que, desde sempre, a preocupação apontada como determinante da impossibilidade de se alegar ignorância legis foi a necessidade social de segurança jurídica. E o novo Código Civil tributa reiterada homenagem a essa preocupação quando ressalva, no art. 139, III, que a invocação do erro de direito somente pode ser feita se não importar recusa à aplicação da lei (FRADARA, 2004, p.571).

Diniz (1993, p. 120), destaca que normas similares à do art. 4.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, “são encontradas em códigos civis de diversos países “(como o suíço, art. 1.º, o uruguaio, art. 16, o português, art. 10, o espanhol, art. 6º, inciso 2.º, o argentino, art. 16, o italiano, art. 12 e inciso 2º, o peruano, art. XXIII, o mexicano, art. 19, o austríaco, art. 7.º)”, mesmo que, ainda que se omita a lei quanto à doutrina e jurisprudência cuidam de fazer a oportuna referência às formas de supressão de lacunas legislativas, ressalta que:



Esses dispositivos legais demonstram que a analogia, costumes e princípios gerais de direito, enquanto mecanismos complementares do direito legislativo constituem um fato quase universal, pois, como verifica Limongi França, mesmo em países, cujos códigos silenciam a respeito, como o alemão, a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de dar a eles foros de regra obrigatórios. Se, nos casos de lacuna, o magistrado julga sem lei, até mesmo contra ela, para preencher omissão legal, atendendo às necessidades emergentes da vida social, é o sistema, em seu todo, que autoriza o juiz a criar norma individual sem relação lógica de subalternação a uma lei. A norma individual possui, portanto, um limite que seria a sua plena e pacífica compatibilidade com o ordenamento jurídico, a fim de que nele possa penetrar sem causar-lhe traumas ou incongruências. Se assim não fosse, a Ciência do Direito não poderia considerar a norma individual do juiz, que julga caso inédito, como válida.

Pela necessidade de segurança, a atividade criadora do juiz não é livre, encontrada dentro do próprio sistema jurídico, ainda que este faça uso de cláusulas abertas, servindo para transpor até de valores metajurídicos. Após notar que não é oferecido ao juiz, “a despeito da inexistência de uma disposição legal a que se subsuma o caso concreto, abster-se de julgá-lo, e que por isto a lei confere àquele os mecanismos necessários à apreciação do caso concreto”, estabelece Diniz (1993, p. 249-250):

Contudo, não há um direito absoluto do juiz ao aplicar o direito, pois o direito não dá todo direito e o seu uso não confere irresponsabilidade. O seu exercício deve ser feito sem exceder os ditames jurídicos ou legais e sem prejuízo de terceiros. O exercício do direito de julgar em desacordo com esses princípios constitui um ato abusivo. Na ordem jurídica há zona geral de liberdade, órbita de imposições, órbita de proibições e órbita de imposições e proibições [...]. [...] Dentro desse quadro da ordem jurídica o poder de jurisdição do magistrado tem uma zona da liberdade, dentro da qual pode exercer sua atividade. Tal poder de agir é que constitui a liberdade jurídica. A liberdade de julgar só é garantida nos limites da ordem jurídica que lhe corresponde; se o órgão judicante ultrapassar esses marcos invade órbitas jurídicas alheias e sua atividade torna-se uma perturbação da ordem, um abuso de direito. Percebe-se que o problema do abuso de direito está em íntima conexão com o direito subjetivo. Pois, o direito subjetivo apresenta-se na vida jurídica como uma posição diante da norma, como uma autorização dada pela norma a um sujeito, de fazer ou de ter algo, em face de alguém que se obriga. Logo, se o magistrado exceder tal autorização que lhe foi dada normativamente, agindo está de modo abusivo. Assim sendo, o poder jurisdicional não é arbitrário, está limitado pelas normas. Entretanto, esse poder é teleológico, ou seja, é autorizado tendo em vista um fim, sendo lícita a conduta do magistrado desde que não exceda estas finalidades tuteladas pelas disposições normativas.

Nas palavras de Gomes (1998), estabelecida à exposição, o jurista, assim como o juiz, precisa ter em mente, de maneira a ser assertivo no que diz respeito a princípios e normas recorrente de identificação e preenchimento de eventuais

lacunas que apareçam nos casos concretos, o que seja o contrato, sua natureza e finalidade, em especial na seara privada no que importa ao presente trabalho. A partir daí é que se terá, na atividade jurisdicional, a reclamada e garantida segurança, evitando-se o risco de abuso que defluiu a passagem supracitada.

No que se refere ao Código Civil pátrio não conceituar a figura, apresenta um caráter elevadamente direcionado ao tráfico jurídico. Gomes (1998, p. 10) assegura que “o vocábulo contrato pode ser utilizado em diversos sentidos”.

A palavra contrato emprega-se em sentido amplo e restrito. Na acepção lata, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. Restritivamente, indica o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais. Em sentido ainda mais limitado, significa o negócio jurídico bilateral cuja função específica é criar uma obrigação patrimonial. “Nesta acepção, distingue-se do ato-condição e do ato-regra, que, como o contrato, se forma pelo concurso de vontades” (PEREIRA, 1994, p. 6).

Pereira (1994, p. 8) justifica que resumidamente, é possível definir contrato “como o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”. Como função, o jurista mineiro aponta ter o contrato, além da (função) econômica, precípua, outra, civilizadora e educativa, servindo à aproximação dos homens, ponderando que “Dois indivíduos que contratam, mesmo que se não estimem, respeitam-se” (PEREIRA, 1994, p. 8).

Afirma Fonseca (2007, p. 135) que a análise da espécie não precisa se esquivar aos conceitos e princípios difundidos pela Constituição Federal, no que diz respeito aos direitos e deveres individuais e coletivos e à ordem econômica e social. “Os preceitos constitucionais, afinal, aplicam-se de forma direta ou indireta nas relações privadas, servindo, quando não incidam de forma direta, à interpretação dos ditames da legislação ordinária”.

Quanto à resolução em si, ela é medida cujos efeitos estendem-se, alcançam, tanto ao devedor como ao credor, sendo os mesmos para todos, ante a imposição de que as partes retornem à situação anterior à contratação. Não é ela, assim, medida que traga “prejuízos excessivos ao devedor” e, em contrapartida, “benefícios para o credor”. Ela decorre, é certo, de uma situação que o credor, como o devedor, não imaginava fosse acontecer no início do programa contratual, e, igualmente, não a desejava, embora sua ocorrência seja sempre possível, como dado da experiência, tanto assim que prevista pela lei em hipótese. Quando contratam, com efeito, as partes imaginam que em verdade, e mesmo em decorrência da cláusula geral da boa-fé objetiva, ocorrerá o melhor adimplemento. Não ocorrendo este por

qualquer motivo, entretanto, a resolução é a solução, o remédio para uma determinada situação de fato (FONSECA, 2007, p.137).

Ainda com Fonseca (2007), quando o credor exerce o direito de resolver o contrato, ante o descumprimento contratual parcial ou total pelo devedor, não se deve tomá-lo como uma figura ativa e agressiva, que se volta contra um devedor passivo, tido como se fosse uma vítima dos arroubos do “credor malicioso” a que se refere Becker em transcrição contida no final do capítulo anterior. Na relação contratual bilateral, sinalagmática, as posições de credor e devedor, quanto às respectivas prestação e contraprestação, invertem-se, afinal. Também assim o é no que concerne à exceção do contrato não cumprido, que também visa a remediar uma situação: o que se quer, com ela, é resguardar os interesses do credor, e não punir o devedor.

A figura do abuso de direito não se destina, afinal, a que eventuais preconceitos ideológicos ou concepções morais sejam alçados a uma categoria superior à das próprias normas jurídicas<sup>126</sup>, vindo assim a conformá-las de acordo com os pensamentos de uma pretensa maioria de ocasião. A advertência, pertinente, é feita por Cunha (2007, p. 20-22):

Atualmente, a intervenção estatal no domínio privado é aceita por praticamente todas as correntes do pensamento político e filosófico. Naquelas hipóteses em que se destina a corrigir distorções existentes no seio da própria sociedade, pode-se mesmo afirmar que seu maior intuito é o de conferir ao indivíduo a possibilidade de se manifestar de acordo com as suas reais pretensões. Serviria, então, como um mecanismo indutor da livre expressão volitiva. Decerto que, como explanado, há também hipóteses em que a intervenção estatal se apresenta como um instrumento autoritário e impositiva. Necessária para resolver uma situação específica, ela se mantém e perpetua, quando não se aprofunda, mesmo após contornada e resolvida a circunstância que a ensejou. Ao invés de se retrair, o Estado passou a ocupar o espaço que deveria ser devolvido ao indivíduo. [...]

O que se percebe com Cunha (2007, p. 25), que o que constitui o objeto de estudo desta tese, é o desenvolvimento de uma outra tendência no Direito Civil brasileiro, de cunho também autoritário e impositivo. “A par da já conhecida intervenção legislativa, registra-se lento, porém gradual, controle da vida privada pelo Poder Judiciário.”

Continuando com Cunha (2007), a alternativa, o abuso como limite externamente decorrente dos dados histórico-culturais não juridicamente apropriados, só deixaria, também, aberto o caminho para entender o abuso em

termos próprios de outro pensamento: pois ele mais não seria do que um meio ao serviço de fins económicos e sociais *tout court* e o abuso equivaleria, afinal, estranhamente, a uma vitoriosa praça forte das ideologias e dos grupos dominantes em cada concreto momento do devir histórico. Também aqui a juridicidade fez seus, em termos susceptíveis de um pensamento autónomo, o substrato político, económico e social, numa palavra, cultural, dos direitos.

A intenção cultural dos direitos sofre a mesma apropriação que a sua intenção moral, por forma que ambos os problemas têm de ser e podem ser encarados numa perspectiva não filosófica, não moral, não sociológica, não político-económica, etc., mas, especificamente jurídica, como problemas jurídicos a que o direito não deixa, enquanto tal, de dar solução (CUNHA, 2007).

Para Cunha (2007), a uma observação mais atenta, o abuso de direito revela-se-nos, afinal, como o sinal exacto, ou um dos sinais mais exactos, de que o mundo jurídico ultrapassou em muito os tradicionais quadros e molduras formalistas do conceitualismo, para ser a própria vida em norma, ou o constante aferir e confrontar da concreta realidade histórico-cultural com os valores jurídicos que lhe presidem, numa simbiose inelutável ou numa assimilação exigente de facto e direito.

A problemática do abuso de direito reflete, pois, o profundo sentido unitário do real e da norma, do direito e da vida. E ao mesmo tempo, permite compreender como opções que à primeira vista se diriam extremamente teóricas ou, quando muito, respeitantes ao mero enquadramento jurídico formal do problema, poderão levar afinal a resultados práticos bem diferenciados, *mormente* no que diz respeito à exata reacção da ordem jurídica contra atos abusivos. Opções fundamentais determinam respostas diversas no plano concreto: há que tê-lo em atenção de modo a tornar claro como são as concepções adoptadas sobre os próprios fundamentos da juridicidade e da organização social que se prendem diretamente com a construção dogmática que os autores vêm a fazer do abuso de direito (CUNHA, 2007).

A resolução contratual não é uma pena imposta pelo credor ao devedor. Ela é, sim, uma solução jurídica para uma situação de desequilíbrio, em que uma parte tenha cumprido as suas obrigações, não o tendo feito a outra, em tempo, lugar ou modo. Assim, para dizer-se que alguém abusou do direito de resolver o contrato, é necessário que se considere exactamente de que direito se está a falar, eis que a configuração do abuso ou do excesso depende da compreensão do fim a que se

dirige o direito em questão, inclusive de sua compreensão axiológica (CUNHA, 2007).

Cunha (2007) estabelece que a constatação da melhor doutrina, de que o mundo atual é uma espécie de mundo de contratos, remete à ideia de que uma contratação muitas vezes liga-se a várias outras. Num emaranhado de contratos, uma operação de circulação de riqueza e transformação de direitos muitas vezes liga-se a outras, permite o cumprimento de outras obrigações, contraídas por via de outros negócios ou por outras formas. Em um mundo tal, a ferramenta muitas vezes usada para justificar a aplicação da teoria do adimplemento substancial é o desdobramento do que seriam os interesses do credor, em interesses objetivos e subjetivos. Nesse sentido, é o que se obtém, por exemplo, de Silva (2007, p. 138), tratando do instituto da mora:

Muito embora minoritária, parece ser esta a melhor interpretação. Ocorre que, conquanto seja o devedor o melhor interprete do seu próprio interesse, cabe também ao juiz verificar se os interesses do credor seriam, no caso concreto, realizáveis pela prestação tardia, do que, aliás, não se duvida. É exatamente por isso que, desde o início destes comentários, se referiu aos interesses objetivos do credor, e não aos meramente subjetivos.

Werner (2007) explica que a categorização dos interesses, procedida pela doutrina transcrita, refere-se não a outra coisa, mas à distinção entre causa contratual e motivo contratual. A causa, embora não seja, no Direito pátrio, elemento do contrato, é entendida pela melhor doutrina, em um contrato bilateral e quanto a cada uma das partes, como exatamente a prestação da outra. Os motivos, por outro lado, são subjetivos, não se alçando ao plano contratual, a não ser que as partes os erijam como razão do contrato (CCB, art. 140).

Como demonstrou Becker em 1993, o Código Civil pátrio abstém-se da regulação dos interesses subjetivos das partes, dos motivos contratuais ou móvel subjetivo de cada uma delas no que concerne ao contrato, mas garante às partes, em contramedida, que seus interesses não ficarão a descoberto, assegurando-lhes, entre outros, o direito protestativo à resolução contratual como solução para uma situação jurídica que promova a perda de interesse de qualquer delas na prestação.

Com isto, em um mundo que é um emaranhado de contratos, ele assegura às partes que elas receberão aquilo que lhes é contratualmente devido, calçando assim eventuais obrigações calcadas exatamente no cumprimento de outros contratos.

Trata-se a resolução, desta forma, de uma solução para uma situação de incumprimento, solução esta que tem lugar quando ocorra desequilíbrio contratual, restando prejudicado o sinalagma, a comutatividade dos ajustes, tal qual imaginado pelas partes, em situação de equilíbrio que valorou os respectivos interesses na contratação e que assim se espelha no contrato. De acordo com Fonseca (2007, p. 58-59):

No aprofundamento da lição da justiça corretiva, que se concretiza justamente pelo *synallagma*, busca a explicação do justo meio: “de maneira que o igual vem a ser o justo meio entre o mais e o menos; o ganho se confunde com o mais; a perda, pelo contrário com o menos; o primeiro é o excesso em relação com o bem e a carência com relação ao mal; a perda é o contrário. E, posto que o igual ocupa o termo médio, diremos que ele é o justo. Em consequência, a justiça será o justo meio entre a perda de um e o ganho de outro. A justiça é, pois, um justo meio, se pelo menos o juiz o é. O juiz mantém a balança equilibrada entre as duas partes. Façamos uma comparação: se uma linha foi cortada em duas partes desiguais, o juiz toma aquilo que na parte maior ultrapassa a metade, e o acrescenta à parte menor. “Quando o todo está dividido com igualdade, todos reconhecem ter o que lhes toca; por ambos os lados, as partes são iguais”. Desta forma, segundo o pensamento aristotélico, o *synállagma* – o contrato – é a concretização da busca do justo meio, ou do exato meio-termo, sem qualquer preocupação com os elementos subjetivos.

Assim é que haverá casos em que, embora descumprida alguma obrigação de uma das partes, não se terá propriamente a quebra da comutatividade, não se adequando, então, a resolução contratual. Figure-se, por exemplo, a hipótese de uma compra e venda de apartamento, em que uma das partes tenha se obrigado a arcar com os condomínios e taxas do imóvel, até a entrega da posse à outra. Ela recebe o preço do imóvel e, por fim, entrega-o, só que com débitos referentes a Impostos e taxas. De fato, as prestações que se equivalem, que se referem uma à outra, estarão cumpridas, pago o preço, entregue o imóvel e dada a escritura de compra e venda, não o estando entretanto prestações acessórias, que não correspondem necessariamente a uma contraprestação da outra parte. Nesta hipótese, é simples, com base em critérios objetivos e diante da falta de correspondência entre a obrigação e uma contraprestação da outra parte, dizer-se não haver a quebra de equilíbrio que justificaria o manejo da resolução, por meio da demanda respectiva. Então, é possível dizer não ter desaparecido o interesse da parte na prestação (WERNER, 2007).

De outro lado, o estabelecimento de critérios que digam que determinado percentual do valor contratado seja suficiente a garantir a utilidade da prestação

para o credor é, além de pouco científico, falacioso. É certo que qualquer valor, qualquer percentual de um valor contratado que seja pago será sempre útil ao credor, mas a utilidade efetiva não se pode aferir com segurança em uma situação tal. Não se pode, com efeito, dizer satisfeitas as pretensões do credor em uma hipótese como a figurada (WENER, 2007).

Assim é que julgados, por exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao dizerem não se poder resolver o contrato, com base na teoria do adimplemento substancial, quando 80% do preço de um imóvel esteja pago, aventuram-se no campo da ficção, eis que o substrato de motivos não integra o contrato, por opção legislativa, não se podendo, portanto, aferir se esta utilidade para o credor, suposta nos julgados, efetivamente ocorre (BRASIL, 2010). Ilustra-se a afirmação:

De proêmio, acertado o posicionamento da d. Magistrada em afastar a rescisão contratual c/c reintegração de posse, adotando a tese do adimplemento substancial do contrato. Observe-se que a ré pagou o equivalente a 81,25% do preço do imóvel, sendo este um valor substancial a impossibilitar a rescisão contratual.

A propósito, Ruy Rosado de Aguiar: "para resolver, a falta deve atingir substancialmente a relação, afetando a utilidade da prestação". Como a inutilidade deriva da capacidade da coisa ou do ato em satisfazer o interesse do credor, termos que a prestação inútil - que pode ser enfeitada e levar à resolução do contrato e mais perdas e danos - é a feita com atraso ou imperfeições tais que ofendam substancialmente a obrigação, provocando o desaparecimento do interesse do credor, por inutilidade reverso, quando não obstante a mora, o cumprimento ainda é possível e capaz de satisfazer basicamente o interesse do credor, ou quando, apesar da imperfeição do cumprimento, parcial ou com defeito, foram atendidos os elementos objetivos e subjetivos a serem atingidos pelo cumprimento, diz se que o adimplemento foi substancial e atendeu às regras dos arts. 394, 395 e 389 do Código Civil, afastando-se a resolução". Extinção dos Contratos por Incumprimento do devedor, p. 124 -132, Rio de Janeiro; AIDE.

Não há dúvidas de que o pagamento de percentual acima de 80% do valor do contrato significa adimplemento considerável, sendo este o posicionamento também adotado pelo Des. Jesus Lofrano desta C. 3ª Câmara de Direito Privado na Apelação nº 994.04.074 332-2, em recente julgado de 30.03.2010. Desta forma, evidente que o pedido de resolução contratual recebeu julgamento de improcedência, o que deve mesmo ser mantido pelas razões acima colocadas. Trata-se de uma conclusão que decorre logicamente das sentenças que julgou procedente a cobrança (BRASIL, 2010).

No entanto, parte da sentença que julgou alternativamente procedente a cobrança condenando a ré ao pagamento do saldo residual do contrato, extrapolou os limites constantes do pedido inicial de fls. 07/08, que não continha qualquer pleito alternativo de cobrança (BRASIL, 2010).

A pressuposição de utilidade da prestação, no caso e considerando-se que a mesma foi feita em desacordo com o contratado, constitui uma clara invasão do plano dos motivos contratuais, que não integram o ajuste. Assim, esta pressuposição, que não está assentada em qualquer base fática de motivos ou científica, poderá acabar, ela sim, por provocar verdadeira injustiça, trazendo problemas e constrangimentos à parte credora. Suponha-se, por exemplo, que o credor cuidado no acórdão acima transcrito tenha, ao vender seu imóvel, imaginado comprar outro, comprometendo, portanto, todo o produto da venda neste novo negócio. Ter-se-á, então, situação em que o novo negócio não se realizará, em razão do comportamento do devedor inadimplente, desaparecendo, por evidente, todo e qualquer interesse do credor no negócio que com aquele encetou (BRASIL, 2010).

Ademais, é certo que o critério de utilidade é pouco seguro, tendo-se em vista, em especial, que qualquer parcela do preço que foi pelo credor recebida, em uma relação como a reportada, ser-lhe-á sempre “útil”, nada impedindo, por conseguinte, que dos 80% falados no julgado, amanhã os julgadores vejam esta utilidade em 70, 60 ou 50% do valor do imóvel (BRASIL, 2010).

WERNER (2007) enfatiza que o contrato é a regulação justa e equilibrada da relação entre as partes, o que se tem é que a vedação ao exercício do direito de resolução, ou da exceção do contrato não cumprido. Constitui clara fonte de desequilíbrio, efetiva punição à parte adimplente em benefício da inadimplente, para a qual não se vê outra razão senão aquelas calcadas em injustificados preconceito e paternalismo. As partes contratam tendo conhecimento da existência da cláusula resolutiva, seja contratual ou legal, afirmando as respectivas obrigações e esperando sejam estas cumpridas, de parte a parte, em ambiente no qual se tem uma ideia de equilíbrio e igualdade, a qual não se pode dizer rompida ou quebrada por presunção, demandando prova. Diante do incumprimento por uma das partes, entretanto, diz-se que a outra não pode resolver o contrato, eis que 20% do preço seria parte não substancial do valor. Sujeita-se a parte credora, assim, a longos prazos de processo de cobrança ou execução, os quais, fossem de seu conhecimento antes da contratação, certamente a fariam não contratar. E isto é feito em contrato que, na hipótese do acórdão, não tem qualquer outra função, senão a transferência de um imóvel de um contratante ao outro, mediante contraprestação, sem qualquer outra razão social (função) que dele se possa extrair (BRASIL, 2010).



Quando muito, em uma situação tal qual a descrita, poder-se-ia possibilitar ao devedor a emenda de sua mora, de maneira a preservar os interesses do credor na contratação, sempre no prazo da contestação e de maneira a evitar que se configure e protraia a situação de desequilíbrio, na forma do art. 401, I, do CCB128. A configuração e manutenção da mora, com efeito, só confirmam a hipótese de perda de interesse do credor, diante da situação de incumprimento por parte do devedor. E nem se diga que o fato de os encargos da mora serem pagos ao credor, posteriormente, teria o condão de atender os interesses deste, eis que esses interesses, no que vá além da prestação da outra parte, são desconhecidos, presumindo-se assim desatendidos na medida em que a parte adimplente assim o diga (BRASIL, 2010).

Seguindo orientações de Cunha (2007) e Werner (2007), as constatações descritas acima não constituem a negação da aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro. Elas decorrem, é certo, da verificação de que há, na legislação e conforme todo o exposto, um reforço da obrigatoriedade das obrigações contraídas pelas partes, no contrato celebrado dentro da esfera de liberdade que é o Código Civil. E isto ocorre em função do fato de entenderem-se equilibradas e justas as relações contratuais no ambiente do Código Civil, cuidando o legislador de proteger a vontade externada e de conferir às partes a segurança de que receberão suas prestações e contraprestações tal qual as contrataram, tiradas as hipóteses em que necessário o reequilíbrio. A boa-fé objetiva é, neste sentido, posto que destinada, como princípio, ao melhor adimplemento, um reforço a esta constatação, não constituindo, por outro lado, um dever de que uma parte seja compreensiva quanto ao inadimplemento das obrigações da outra, eis que, com base na confiança, o que esta tem é o direito de esperar que a contraparte cumpra suas obrigações conforme contratadas, bem como a legítima expectativa de, por decorrência do descumprimento, fazer uso dos direitos que sejam consectários do fato, destinados exatamente à preservação de seus próprios interesses na contratação. O não cumprimento gera, em verdade e mais uma vez com base na constatação acima, situação em que o prejuízo e a eventual perda de interesse da parte contrária são presumidos que a última a partir da alegação feita nesse sentido, e não o contrário, quanto mais quando se conclui em sentido diverso (contrário), com base em pressuposições sem arrimo no sistema, muito antes ofensivas a ele e que decorrem de tratamento paternalista, contrariando os preceitos da igualdade, da

liberdade e do equilíbrio, por conseguinte, também a segurança jurídica. Entretanto, o direito à resolução contratual, direito subjetivo que é, pode sim dar azo ao abuso por parte de um dos contratantes, o mesmo ocorrendo no que se refere ao manejo da exceção do contrato não cumprido. Este abuso terá lugar quando a parte o utilizar (exercer) em desacordo com a finalidade a que ele se propõe, de manutenção do equilíbrio e da comutatividade, ainda de proteção aos interesses da parte credora.

## 6 CONCLUSÃO

A aplicação da teoria do adimplemento substancial é possível, partindo da observação do caso concreto e análise do comportamento das partes, assim como, em casos específicos, o descumprimento de obrigações acessórias pode ocasionar a perda do interesse do credor na obrigação principal, na mesma proporção que suas atitudes, mesmo que descumprida em parte, a obrigação principal, deixe claro que perdeu o interesse na prestação, tornando sem efeito a resolução ou o uso da exceção do contrato não cumprido.

Através do conteúdo apresentado no trabalho, é possível perceber a importância da jurisprudência e da doutrina para a efetiva aplicação dos princípios que estão dispostos na lei. A teoria do Adimplemento Substancial possibilita a concretização do princípio da função social dos contratos, na medida em que permite a sua conservação. Se o inadimplemento não é significativo, nem a finalidade da avença desapareceu na prática, a medida mais benéfica vai de encontro à antiga regra que dizia: se não for cumprido, será extinto.

Pelo senso da justiça comum, essa teoria é plenamente aceita, tendo em vista que enaltece o comportamento daquele que se mantém de acordo com a boa-fé objetiva, mas que, por algum motivo, deixou de cumprir deveres de menor vulto. Ordinariamente o “bom pagador” atrasa o cumprimento das obrigações por questões alheias a mero descuido ou dolo, cabe ao juiz analisar, inclusive o cenário econômico que se encontra no momento do inadimplemento, para não prejudicar a parte que sempre demonstrou a intenção clara de quitar dívida. A teoria só não será aplicada, em hipóteses, nas quais o equilíbrio entre as obrigações das partes não houver sido, diante do inadimplemento verificado, realmente quebrado.

Conclui-se, porém, que a extinção do contrato causa na prática mais danos do que a permanência da sua execução.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. A função dos contratos do novo código civil. **Revista dos Tribunais**, vol.815. São Paulo, set, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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**, 1993.

BESSONE, Darcy. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro – Vade Mecum Tradicional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil – Vade Mecum Tradicional**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/legislacao/lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02>. Acesso em 25 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível com revisão n. 994.09.348349-2**, foro central/São Paulo – 35. Vara Cível, Recorrentes, Rubens Leszkowicz, Ana Zyskindleszkowicz e Anna Luiza Muller Caravellas; Recorridos, Anna Luiza Muller Caravellas e Rubens Leszkowicz. 3.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 03 de agosto de 2010, negaram provimento ao primeiro apelo e deram ao segundo, v. u., rel. Des. Egidio Giacoia – Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=4623791>. Acesso em: 27 set. 2020.

BUSSTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e a Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. v1. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição federal**. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRADARA, Vera Maria Jacob de. **A Boa Fé Objetiva: Uma Noção Presente No Conceito Alemão, Brasileiro e Japonês de Contrato**. São Paulo: Forense, 2004.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do art. 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HIRONAKA, Giselda. **Principiologia contratual e a valoração ética no Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade da cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor**. Revista de Direito do Consumidor, n. 31, 1995.

MARTINS, Raphael Manhães. A teoria do inadimplemento e transformações no direito das obrigações. **Revista de Direito Privado**, nº 33, p. 250-289, 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENEZES, António Manuel da Rocha Cordeiro. **Da boa fé no direito civil**. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, v. 38. São Paulo: Borsó, 1962

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I - Contratos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – parte geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. Barueri: Malone, 2004.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SUBTIL, Antonio Raposo. **O Contrato e a Intervenção do Juiz**. Porto: Vila Econômica, 2012.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. 8.ed , revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEPEDINO, Gustavo (Coordenador) et al. **A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva Civil – Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WERNER, José Guilherme Vasi. **A Formação, o controle e a extinção dos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

## ANEXOS

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8)**

**DATA DO JULGAMENTO: 22/02/2017 – Dje: 15/03/2017**

### **VOTO FAVORÁVEL A TEORIA DO ADIPLIMENTO SUBSTANCIAL RELATÓRIO**

#### **O SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):**

Cuida-se de recurso especial interposto por BANCO VOLKSWAGEN S/A, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c" da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Na origem, trata-se de ação de busca e apreensão pelo Decreto 911/69 ajuizada pela financeira em face de GILVANIL DA SILVA MONTEIRO, objetivando a retomada do veículo Gol City 1.0, preto, modelo 2008, placa JRH 2213/MG, alienado fiduciariamente no bojo da cédula de crédito bancário 21736183, firmada em 01/09/2010, na qual o banco concedeu ao requerido um crédito de R\$ 14.739,17 (quatorze mil, setecentos e trinta e nove reais e dezessete centavos) para pagamento em 48 parcelas no valor nominal de R\$ 439,86 (quatrocentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos), ocorrendo o vencimento da primeira em 10/10/2010 e o da última em 10/09/2014.

Asseverou a casa bancária em sua petição inicial, que o demandado não efetuou a quitação das quatro últimas prestações vencidas nos dias 10/06, 10/07, 10/08 e 10/09, perfazendo o montante de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos) e, estando a mora devidamente comprovada nos termos do artigo 2º, § 2º do Decreto 911/69, requereu o deferimento liminar da busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente e, decorrido o prazo de cinco dias sem que haja o pagamento integral da dívida pendente segundo os valores apresentados pelo requerente, seja desde já consolidada a propriedade e posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário.

O magistrado *a quo* (fls. 34-37) julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por considerar a autora carecedora de ação (falta de interesse-adequação), visto que teria utilizado para a satisfação de seu crédito a via inadequada, porquanto desautorizada a rescisão/resolução do ajuste quando adimplido substancialmente o contrato (91,66%).

Interposta a apelação, o Desembargador relator negou seguimento ao recurso (fls. 61-66) face a interpretação sistemática dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da vedação ao enriquecimento sem causa.

O órgão colegiado, em sede de agravo interno, manteve a deliberação nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NEGATIVA MONOCRÁTICA DE SEGUIMENTO. REGULARIDADE. A teoria do adimplemento substancial tem sido aplicada pelos tribunais pátrios como instrumento de equidade colocado à disposição do intérprete para que nas hipóteses em que a extinção da obrigação esteja muito próxima do fim, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato mediante a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, permitindo-se somente a propositura de ação de cobrança do saldo em aberto ou eventual execução.

Em suas razões recursais (fls. 86-102), o recorrente aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 2º, § 2º e 3º, do DL 911/69 e 422 do Código Civil, sustentando, em síntese: a) a necessidade de deferimento da liminar de busca e apreensão ante o inadimplemento do devedor fiduciário, por consistir direito do credor utilizar-se de quaisquer das tutelas disponíveis para a satisfação de seu crédito, estando presente o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, não cabendo ao poder judiciário limitar qual o tipo de ação deve ser intentada" pelo credor fiduciário; e, b) a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, porquanto o Decreto regulamentador da matéria não impõe limites para o ajuizamento da ação de busca e apreensão haja vista que o bem garantidor da obrigação é até a quitação integral da dívida de propriedade do credor fiduciário, bem ainda não se tratar se valor irrisório, considerando o montante total do mútuo contratado.

Inadmitido o recurso na origem, adveio agravo (art. 544 do CPC/73) visando destrancar a insurgência, tendo este signatário negado-lhe provimento (fls. 157-160). Em sede de agravo regimental no bojo do qual não se conhecia do reclamo ante a violação ao princípio da dialeticidade (súmula 182/STJ), o colegiado da Quarta Turma,



por maioria, conheceu do agravo regimental e na oportunidade determinou a conversão do agravo em recurso especial. E, acolhendo questão de ordem suscitada pelo relator, a Turma, por maioria, afetou o julgamento do feito à Segunda Seção.

É o relatório.

## EMENTA

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO PELO DECRETO 911/69 - MÚTUO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE EXTINGUIRAM O PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, EM RAZÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO NÃO PERMITIR A RESOLUÇÃO DO AJUSTE MEDIANTE A BUSCA E APREENSÃO DO BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE, PERMITINDO-SE SOMENTE A PROPOSITURA DE AÇÃO DE COBRANÇA DO SALDO EM ABERTO OU EVENTUAL EXECUÇÃO.

Hipótese: Controvérsia referente à análise acerca da possibilidade de deferimento liminar e manejo da ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, quando verificado o adimplemento substancial do contrato.

**1.** Consoante a teoria do adimplemento substancial, admitida doutrinária e jurisprudencialmente, e que tem sua aplicação fundada nos princípios da boa-fé objetiva (CC/02, art. 422), da função social dos contratos (CC/02, art. 421), da vedação ao abuso de direito (CC/02, art. 187) e ao enriquecimento sem causa (CC/02, art. 884), não se deve acolher a pretensão do credor fiduciário de extinguir o negócio mediante a utilização de medida judicial que na prática enseja a quebra do liame contratual, com a retirada forçada do bem alienado fiduciariamente, em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

**2.** O adimplemento substancial atua como instrumento de equidade diante da situação fático-jurídica subjacente, permitindo soluções razoáveis e sensatas, conforme as peculiaridades do caso.

**3.** A aplicação da substancial performance não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (embora considerado de singela importância comparativamente à totalidade da obrigação contratual), valendo-se, inclusive, de instrumento ínsito na norma jurídica disciplinadora da matéria, que oportuniza solucionar o conflito de modo eficaz e razoavelmente mais equânime.

**4.** Na hipótese, o credor, sob a alegação de que possui a faculdade de escolher a medida que melhor lhe satisfaça, optou pelo meio mais gravoso para o ressarcimento de seu crédito, o que viola os ditames das legislações adjetivas e substantivas, bem ainda os ditames princípio lógicos norteadores do sistema normativo voltado à consagração do princípio da boa-fé objetiva.

**5.** Em razão dos ditames do NCP, sendo expressamente reconhecido o direito das partes obterem em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º), bem ainda que todos os sujeitos do processo devem cooperar para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º), adequado facultar à parte autora, nos termos do art. 329, inciso I, a emenda da petição inicial para que a demanda possa prosseguir de modo menos gravoso ao devedor.

**6.** Recurso especial parcialmente provido para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e determinar o retorno dos autos à origem, facultando à parte autora emendar a petição inicial para que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor.

## **VOTO VENCIDO**

### **O SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):**

O reclamo merece prosperar em parte, possibilitando-se a emenda da petição inicial a fim de que o pedido seja adequado à satisfação do valor inadimplido de modo menos gravoso ao devedor, com o conseqüente prosseguimento da demanda sem a necessidade de deflagração de nova ação.

Cinge-se a controvérsia à análise acerca da possibilidade de deferimento liminar e manejo da ação de busca e apreensão, quando verificado o adimplemento substancial da avença.

1. No caso, verifica-se que embora houvesse mora no pagamento das prestações contratuais por parte do devedor do contrato de mútuo com garantia fiduciária, o Tribunal local asseverou, com base no acervo fático-probatório acostado aos autos com a petição inicial, ter havido a quitação de parte considerável da dívida, próximo ao montante originariamente avençado entre as partes, estando inadimplente o consumidor somente com as 4 últimas parcelas de um total de 48, decorrente da aquisição de veículo Gol City, 1.0, preto, modelo 2008.

O crédito concedido pela casa bancária para a aquisição do veículo foi realizado mediante título executivo extrajudicial (cédula de crédito bancário) no importe de R\$ 14.739,17 (quatorze mil, setecentos e trinta e nove reais e dezessete centavos), tendo ficado ajustado que a quitação do mútuo se daria mediante o pagamento de 48 prestações no valor nominal de R\$ 439,86 (quatrocentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos), ocorrendo o vencimento da primeira em 10/10/2010 e o da última em 10/09/2014, ou seja, caberia ao devedor, para a plena quitação de sua obrigação, pagar ao credor fiduciário a quantia de R\$ 21.113,28 (vinte e um mil cento e treze reais e vinte e oito centavos).

Aduziram as instâncias ordinárias ter o mutuário inadimplido com o valor de R\$ 19.353,84 (dezenove mil trezentos e cinquenta e três reais e oitenta e quatro

centavos), logo, cumprido com 91,66% do contrato, motivo pelo qual aplicável, ao caso, a teoria do adimplemento substancial, que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, afirmando ser a financeira carecedora de ação, por falta de interesse-adequação, por configurar abuso de direito a parte pleitear a rescisão do contrato quando substancialmente adimplido, razão porque fora indeferida a liminar e julgado extinto o feito sem resolução do mérito.

Reiteradas tais ponderações, recorda-se que o interesse fundamental a impulsionar o ajuizamento da presente ação não é o bem alienado em si, mas sim a satisfação do suposto crédito de titularidade da instituição financeira no importe de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos), o que pode ser alcançado por outras vias, sem a necessidade da quebra do liame contratual, com a retirada forçada do automóvel adquirido pelo financiado. Evidentemente, ainda que vendido o bem, quitada a dívida e devolvido ao consumidor eventual saldo da venda, o desequilíbrio contratual seria de grande monta, pois ficaria a financeira completamente satisfeita enquanto o consumidor, a despeito de cumprida a obrigação, remanesceria sem o bem e desprovido de quantia suficiente para a aquisição de outro.

Constata-se que o adimplemento já implementado pelo devedor se aproxima bastante do valor contratado, a determinar o adimplemento substancial do ajuste e inviabilizar a possibilidade da casa bancária (fornecedora) de deflagrar a demanda de busca e apreensão, voltada exclusivamente à ruptura do vínculo negocial, com a retomada do bem cuja propriedade já está praticamente consolidada ao devedor.

**1.1** O Código Civil de 2002 não previu, formalmente, o adimplemento substancial. Sua aplicação vem se realizando com base nos princípios da boa-fé objetiva (CC/02, art. 422), da função social dos contratos (CC/02, art. 421), da vedação ao abuso de direito (CC/02, art. 187) e ao enriquecimento sem causa (CC/02, art. 884).

A boa-fé objetiva norteia as relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º e 51, inciso IV do CDC), servindo, o aludido princípio, como informativo à conduta a ser guardada e observada pelos contraentes, prévia, durante e posteriormente à conclusão do contrato.

Referido princípio constitui um dos pilares de sustentação da teoria do adimplemento substancial, cuja doutrina se insere no contexto das transformações

sociais, econômicas e éticas sofridas pela ordem civil-constitucional, no seio da preocupação concreta-funcional de preservação das avenças.

O diploma civilista estabeleceu expressamente a boa-fé objetiva como princípio orientador das relações contratuais, positivando, também, a função social como primado a ser observado quando do exame das relações contratuais, representando este último princípio a preocupação estatal no sentido de que satisfaçam não só o interesse das partes envolvidas no negócio, mas da sociedade como um todo, à qual interessa sejam devidamente cumpridos os contratos, de modo a permitir a segura circulação de riquezas, com o desenvolvimento econômico/social do país.

Desse modo, ainda que assista ao credor o direito de pleitear a resolução do contrato, face à mora do devedor, consoante, inclusive, previsto no artigo 475 do Código Civil, referido direito encontra limitação no campo de atuação da boa-fé objetiva, cumprindo ao julgador averiguar se é razoável a completa destruição do vínculo contratual, diante da situação apresentada pelo postulante.

Nesse sentido, o enunciado n. 361 das Jornadas de Direito Civil, promovidas junto ao Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

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.

Nessa novel ordem civil-constitucional, a relação jurídica obrigacional sofreu grande transformação mediante a intervenção estatal com vistas a salvaguardar a proteção do vulnerável, motivo pelo qual nos negócios jurídicos celebrados no âmbito consumerista, particularmente naqueles contratos padronizados e de adesão, tal como o elaborado no presente caso, os desdobramentos do princípio da boa-fé passaram a ter larga aplicação. A jurisprudência, atenta à esse novo brio protecionista, vem interpretando as controvérsias em proveito do consumidor, tutelando a parte mais frágil da relação obrigacional de maneira que o cumprimento do contrato seja o menos oneroso possível para o hipossuficiente e empregando materialmente, na solução das contendas, os ditames estabelecidos pelos princípios da conservação do contrato, do menor sacrifício, da interpretação contra o predisponente, da vedação ao enriquecimento sem causa e abuso de direito.

No campo do direito processual, a boa-fé também tem incidência consoante o disposto no artigo 620 do CPC/73 atual 805 do NCPC (princípio da menor

onerosidade), além do conjunto de disposições que gravitam em torno da ideia fundamental de proteção ao executado contra excessos, inspirado nos princípios da justiça e da equidade, os quais constituem linhas fundamentais da história da execução civil em sua contemporânea tendência de humanização, atraindo, inclusive, as noções de proporcionalidade e razoabilidade. Registre-se que tal proposta de tratamento não viola a isonomia contratual, pois a igualdade deve ser vista não no plano das liberdades formais, mas sim no campo das liberdades materiais, consistindo em tratar desigualmente os desiguais na medida de suas disparidades, refletindo a evolução da doutrina contratual, que vela pela preservação da contratualidade mirando o equilíbrio das forças entre os interessados.

É nítida a atenção do legislador à manutenção dos contratos com vistas a permitir que as partes envolvidas na relação de consumo alcancem as finalidades almejadas quando da sua celebração e, nessa ordem, a aplicação da teoria do adimplemento substancial não constitui uma exceção à regra geral segundo a qual o pagamento, o cumprimento da obrigação, deve se dar por completo (princípio da integralidade ou não-divisibilidade), mas sim a constatação de que eventual inadimplência mínima e irrisória frente ao montante global do ajuste firmado não pode ensejar o cancelamento/rescisão do contrato, devendo o crédito ser perseguido mediante vias que não impliquem no rompimento da avença e no modo mais gravoso ao devedor (art. 620, CPC/73; art. 805, CPC/2015).

Nesse contexto, se ínfimo o descumprimento diante do todo obrigacional, não se afigura adequado decretar a resolução do contrato, de maneira mecânica e autômata, sobretudo se isso conduzir à iniquidade ou contrariar os ideais de Justiça.

O adimplemento substancial atua, portanto, como instrumento de equidade diante da situação fático-jurídica subjacente, permitindo soluções razoáveis e sensatas, conforme as peculiaridades do caso.

A hipótese vertente enquadra-se perfeitamente à teoria do adimplemento substancial, obstando a resolução do contrato face um débito ínfimo em relação a todo interesse econômico envolvido na relação material *sub judice*, mesmo porque viola o princípio da boa-fé objetiva a conduta do credor que pretende o integral rompimento do liame negocial, após receber parte considerável do direito que lhe assiste, lesando sobremaneira a contraparte do negócio.

Inegavelmente, a casa bancária possui um título executivo extrajudicial (cédula de crédito bancário) que pode ser facilmente executado para a satisfação do

crédito remanescente da dívida, sem que para tanto promova a quebra do liame contratual existente entre as partes mediante a retomada forçada do bem. Entretanto, no caso concreto, sob a alegação de que possui a faculdade de escolher a medida que melhor lhe satisfaça, tomando como base o seu poderio de credora/fornecedora/parte forte da relação, optou pelo meio mais gravoso para o ressarcimento de seu crédito, o que viola os ditames das legislações adjetivas e substantivas, impondo ônus excessivo perfeitamente dispensável e legalmente descabido ao devedor (arts. 620 do CPC/73, atual 805 do NCPC).

A respeito, colhe-se dos ensinamentos de Joel Dias Figueira Júnior:

Porém, se o caso concreto agasalhar a hipótese conhecida por adimplemento substancial da dívida (v.g. pendendo apenas a última ou últimas e poucas parcelas), carece o credor fiduciário de interesse para postular a busca e apreensão do bem alienado, podendo lançar mão da ação de cobrança ou execução do saldo devedor. Em outras palavras, o adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, o que é incomum. Ademais, não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar. (Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85/86 - grifo nosso).

A jurisprudência desta Corte Superior coaduna-se com esse entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. TEMA CENTRAL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DEPÓSITO PARCIAL. PROCEDÊNCIA NA MESMA EXTENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. IMPROCEDÊNCIA. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

(...)

**III.** Se as instâncias ordinárias reconhecem, após a apreciação de ações consignatória e de busca e apreensão, com fundamento na prova dos autos, que é extremamente diminuto o saldo remanescente em favor do credor de contrato de alienação fiduciária, não se justifica o prosseguimento da ação de busca e apreensão, sendo lícita a cobrança do pequeno valor ainda devido nos autos do processo.

**IV.** Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 912.697/RO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 25/10/2010)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial.

Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora.

Recurso não conhecido.

(REsp 469.577/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25/03/2003, DJ 05/05/2003, p. 310)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse.

Recurso não conhecido.

(REsp 272.739/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299)

Em outros contratos similares, também se inviabiliza a retomada do bem quando adimplido substancialmente o contrato. Confira-se:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.

1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. BUSCA E APREENSÃO. INDEFERIMENTO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. Tendo o decisum do Tribunal de origem reconhecido o não cabimento da busca e apreensão em razão do adimplemento substancial do contrato, a apreciação da controvérsia importa em reexame do conjunto probatório dos autos, razão por que não pode ser conhecida em sede de recurso especial, ut sùmula 07/STJ.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 607.406/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 29/11/2004, p. 346)

RECURSO ESPECIAL. LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CARRETAS. EMBARGOS INFRINGENTES. TEMPESTIVIDADE. MANEJO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A DECISÃO. CORRETO O CONHECIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E DA EXCEÇÃO DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL.

Ação de reintegração de posse de 135 carretas, objeto de contrato de "leasing", após o pagamento de 30 das 36 parcelas ajustadas. (...)

Correta a decisão do tribunal de origem, com aplicação da teoria do adimplemento substancial. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

O reexame de matéria fática e contratual esbarra nos óbices das súmulas 05 e 07/STJ.

RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1200105/AM, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012)

Desse último julgado citado, extrai-se da fundamentação do voto proferido pelo e. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino o seguinte:

Assim, a partir de 1990, o princípio da boa-fé foi expressamente positivado no sistema de direito privado brasileiro, sendo aplicado, com fundamento no artigo 4º da LICC, a todos os demais setores.

No Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé foi expressamente contemplado nos artigos 113 (regra de interpretação dos negócios jurídicos), 187 (abuso de direito) e 422 (deveres anexos), inserindo-se como expressão, conforme Miguel Reale, de sua diretriz ética.

Exatamente a exigência ética fez com que, através de um modelo aberto, fosse entregue à hermenêutica declarar o significado concreto da boa-fé, cujos ditames devem ser seguidos desde a estipulação de um contrato até o término de sua execução.

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 interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito).

A boa-fé, na sua função interpretativa, auxilia no processo de interpretação das cláusulas contratuais, servindo de instrumento para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto (art. 113, CC). (...)

Atualmente, o fundamento para aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro é a cláusula geral do art. 187 do Código Civil de 2002, que permite a limitação do exercício de um direito



subjetivo pelo seu titular quando se colocar em confronto com o princípio da boa-fé objetiva.

Ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor, pode o credor optar por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato (art. 475 do CC).

Entretanto, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, e daí a expressão “adimplemento substancial”, limita-se esse direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma iniquidade.

Naturalmente, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato.

Poderá o credor optar pela exigência do seu crédito (ações de cumprimento da obrigação) ou postular o pagamento de uma indenização (perdas e danos), mas não a extinção do contrato.

**1.2** Não existe uma fórmula para determinar o que seja adimplemento substancial. Observadas as circunstâncias do caso contrato, cabe ao julgador pesar a gravidade do descumprimento e o grau de satisfação dos interesses do credor (princípio da concretização).

Confira-se o escólio de José Ricardo Alvarez Vianna sobre o tema:

Vê-se, portanto, que o "adimplemento substancial" se contrapõe ao "inadimplemento fundamental". Neste último, a resolução é de rigor, porquanto, efetivamente, há descumprimento da obrigação em seus elementos primordiais, inclusive com a frustração das legítimas expectativas das partes depositadas no vínculo, muitas vezes acompanhadas de danos à parte inocente.

Com base nestas premissas, pode-se dizer que, para a configuração do adimplemento substancial, são necessários os seguintes pressupostos: a)- cumprimento expressivo do contrato; b)- prestação realizada que atenda à finalidade do negócio jurídico; c)- boa-fé objetiva na execução do contrato; d)- preservação do equilíbrio contratual; e)- ausência de enriquecimento sem causa e de abuso de direito, de parte a parte.

Com efeito, avaliar se suposta circunstância fática importa em descumprimento de contrato sob a perspectiva do adimplemento substancial impõe examiná-lo sob as lentes da realidade concreta vivenciada pelas partes, e não sob uma perspectiva formal-obscurantista, apegada a peias legais que somente contribui para o distanciamento entre o Direito e a Justiça.

Em suma, a recepção em nosso sistema jurídico da "Teoria do Adimplemento Substancial", além de estar em perfeita sintonia com os princípios e valores que norteiam o Direito Civil contemporâneo, atuando como fator de correção e adaptação de disposições legais e contratuais à realidade, é medida que se impõe como mecanismo de materialização da justiça contratual. (VIANNA, José Ricardo Alvarez. Adimplemento substancial. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1897, 10 set de 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11703>>. Acesso em: 19 jan. 2017 - grifo nosso)

Na mesma toada é o entendimento desta Corte sobre o ponto:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO. INADIMPLEMENTO. RELEVÂNCIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. RECURSO NÃO PROVIDO.

**1.** O uso do instituto da substancial 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.

**2.** Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada "Teoria do 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 descuidar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.

**3.** A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos:

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 ordinários (critérios adotados no REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917). (...)

(REsp 1581505/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 28/09/2016)

Excetuada a hipótese de reavaliação das provas, observa-se que, no presente caso, as instâncias ordinárias, atentas ao acervo fático-probatório dos autos, afirmaram o adimplemento substancial do contrato (91,66%), circunstância que não pode ser revista no âmbito desta Corte Superior por importar em reexame de fatos e provas.

Desta forma, o mencionado descumprimento contratual das 4 últimas prestações de um total de 48, tal como perfilhado pela Corte local, é inapto a ensejar a busca e apreensão e, conseqüentemente, a resolução do Contrato de Financiamento de Veículos com Garantia de Alienação Fiduciária, visto se constituírem em medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

Inegavelmente, a inviabilidade do deferimento liminar e manejo/prosseguimento da ação de busca e apreensão nas hipóteses em que verificado o adimplemento substancial da avença não contrasta i) com os ditames normativos regentes dos contratos garantidos por alienação fiduciária, vinculados ao Decreto-lei 911/69 acrescido das mudanças ocorridas pela Lei nº 10.931/2004, tampouco com ii) o entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior, em recurso repetitivo, acerca da inviabilidade de "purgação da mora" pelas parcelas vencidas, sendo necessário o pagamento da integralidade da dívida pelo devedor

quando deferida a liminar, no prazo de 5 dias, sob pena de consolidação da posse do bem com o credor. A flexibilização e inviabilidade do deferimento liminar da busca e apreensão, em casos pontuais, quando verificado o adimplemento substancial, não se afigura incompatível com o decidido no repetitivo nº 1.418.593/MS acerca da inexistência de purga da mora (necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente), notadamente porque os diplomas normativos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro são complementares entre si, sendo os princípios da boa-fé, da menor onerosidade e do adequado cumprimento da função social dos contratos o norte basilar da análise de qualquer procedimento previsto em legislação esparsa.

Assim, a despeito de não constar expressamente no Decreto-lei 911/69 e suas posteriores alterações menção aos referidos princípios, eles incidem nas relações negociais havidas, notadamente quando constatada a existência de parte consumidora vulnerável.

Finalizando, entende-se inaplicável ao caso o precedente firmado no âmbito da Terceira Turma, Resp nº 1255179/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, porquanto naquele caso não se estava diante de ação de busca e apreensão onde indeferida liminar, mas sim em ação de indenização por danos morais e materiais resultante de transtornos ocasionados pela busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente quando descumprida a 13ª parcela de 24 prestações, sendo que o devedor havia honrado todas as demais anteriores e posteriores da avença, tendo em virtude da liminar promovido a quitação do numerário relativo à parcela remanescente, o que ensejou a liberação do automóvel e a extinção do feito sem resolução de mérito.

No precedente da Terceira Turma apenas fora analisado se havia ou não dano moral pelo ajuizamento de ação de busca e apreensão, não sendo verificados os requisitos para o deferimento da liminar de reintegração do bem na posse do credor com a eventual e consequente rescisão do contrato como é o presente caso.

Ademais, tal como constou no precedente da Terceira Turma, "*segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor*", bem ainda, que "*a aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito*

*remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos".*

Confira-se a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSTORNOS RESULTANTES DA BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL. FINANCIAMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLEMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO DE APENAS UMA DAS PARCELAS CONTRATADAS. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. BUSCA E APREENSÃO. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DECRETO-LEI Nº 911/1969. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA RECURSAL. INDEFERIMENTO. TERMO FINAL PARA APRESENTAÇÃO. INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO.

1. Ação indenizatória promovida por devedor fiduciante com o propósito de ser reparado por supostos prejuízos, de ordem moral e material, decorrentes do cumprimento de medida liminar deferida pelo juízo competente nos autos de ação de busca e apreensão de automóvel objeto de contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia.

2. Recurso especial que veicula pretensão da instituição financeira ré de (i) ver excluída sua responsabilidade pelos apontados danos morais, reconhecida no acórdão recorrido, por ter agido, ao propor a ação de busca e apreensão do veículo, em exercício regular de direito e (ii) ver reconhecida a inaplicabilidade, no caso, da "teoria do adimplemento substancial do contrato".

3. A prerrogativa conferida ao recorrente pelo art. 501 do Código de Processo Civil - de desistir de seu recurso a qualquer tempo e sem a anuência do recorrido ou eventuais litisconsortes - encontra termo final lógico no momento em que iniciado o julgamento da irresignação recursal. Não merece homologação, no caso, pedido de desistência recursal apresentado após já ter sido proferido o voto do relator e enquanto pendia de conclusão seu julgamento em virtude de pedido de vista. Precedentes.

4. A teor do que expressamente dispõem os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 911/1969, é assegurado ao credor fiduciário, em virtude da comprovação da mora ou do inadimplemento das obrigações assumidas pelo devedor fiduciante, pretender, em juízo, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. O ajuizamento de ação de busca e apreensão, nesse cenário, constitui exercício regular de direito do credor, o que afasta sua responsabilidade pela reparação de danos morais resultantes do constrangimento alegadamente suportado pelo devedor quando do cumprimento da medida ali liminarmente deferida.

5. O fato de ter sido ajuizada a ação de busca e apreensão pelo inadimplemento de apenas 1 (uma) das 24 (vinte e quatro) parcelas avençadas pelos contratantes não é capaz de, por si só, tornar ilícita a conduta do credor fiduciário, pois não há na legislação de regência nenhuma restrição à utilização da referida medida judicial em hipóteses de inadimplemento meramente parcial da obrigação.

6. Segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menor importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

7. A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer

desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual - esta, sim, potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação.

8. Recurso especial provido para, restabelecendo a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido indenizatório autoral. (REsp 1255179/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 18/11/2015)

Por derradeiro, o adimplemento substancial, ante a necessidade de ser verificado em cada caso concreto, muito embora reste vinculado a critérios subjetivos de cada julgador, não queda absolutamente à mercê de cada intérprete.

A razoabilidade, a proporcionalidade, o senso comum acerca do significativo adimplemento do ajuste pactuado são todos fatores que, a despeito de não serem aritméticos, são capazes o suficiente para, com plena segurança, informar a quem quer que seja e, especialmente ao juiz de direito, quando deva ser acolhida, com bom senso, a tese do adimplemento substancial do ajuste apresentado à jurisdição, tal como ocorre em milhares de demandas submetidas ao crivo do Judiciário, o que não denota fraqueza dos institutos jurídicos, dos órgãos julgadores ou eventual instabilidade de uniformização jurisprudencial, tampouco o encarecimento do crédito nos contratos de alienação fiduciária, mas sim a verdadeira força das relações bilaterais e de todo um sistema normativo voltado à consagração do princípio da boa-fé objetiva, da preservação da contratualidade e do equilíbrio entre os interesses de partes muitas vezes essencialmente díspares, culminando com a efetivação da função social dos contratos.

Ressalte-se: não se está a afirmar que a dívida ainda não quitada desaparece, mas apenas que o meio de realização do crédito pelo qual optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, conseqüentemente, com o princípio da conservação dos contratos, e ainda, pela boa fé objetiva que consagra os deveres de cooperação e lealdade entre as partes.

A determinação para que a demanda prossiga pelo modo menos ao devedor, via execução ou ação de cobrança, não impede que o próprio bem alienado fiduciariamente possa, eventualmente, servir à satisfação do crédito do credor. Entretanto, a penhora observará, preferencialmente a ordem estabelecida na legislação

de regência (art. 835 do NCP, antigo art. 655 do CPC/73) e nesta os veículos de via terrestre são o quarto na ordem legal, sendo sempre preferível dinheiro em espécie ou em depósito ou aplicação financeira, título da dívida pública e de valores mobiliárias, com cotação em mercado. Evidencia-se, ainda que os direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia, exatamente como no presente caso, constam na décima segunda opção do legislador na ordem de penhora especificada, a denotar, com mais veemência a preocupação com a preservação contratual.

**1.3** Em razão dos ditames no novo ordenamento processual civil vigente no país desde 18 de março de 2016, sendo expressamente reconhecido pelo legislador o direito das partes obterem em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º), bem ainda que todos os sujeitos do processo devem cooperar para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º), afigura-se consentâneo aos princípios norteadores da atuação jurisdicional facultar à parte autora, nos termos do art. 329, inciso I, (o autor poderá até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu) a emenda de sua petição inicial para que a demanda tenha seguimento e, no caso *sub judice*, ante todas as ponderações já declinadas, possa prosseguir de modo menos gravoso ao demandado, isso devido à ocorrência do adimplemento substancial da obrigação, admitido que está na lei específica a possibilidade de expropriação do devedor com a constrição de seus bens, inclusive, sendo possível, na origem, após a integralização da lide, eventual autocomposição.

2. Do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e determinar o retorno dos autos à origem para que seja facultado à parte autora emenda a sua petição inicial a fim de que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor.

É como voto.

**VOTO NÃO FAVORÁVEL A TEORIA DO ADIPLIMENTO SUBSTANCIAL  
RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8)**

**VOTO-VENCEDOR**

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:**

A controvérsia posta no presente recurso especial – em boa hora afetado pela Quarta Turma a esta Segunda Seção do STJ –, reside em saber se a ação de busca e apreensão, motivada pelo inadimplemento de contrato de financiamento de automóvel, garantido por alienação fiduciária, deve ser extinta, por falta de interesse de agir, em razão da aplicação da teoria do adimplemento substancial, tal como compreenderam as instâncias ordinárias.

O relator, o eminente Ministro Marco Buzzi, referendou, em parte, o desfecho conferido na origem, consignando "que o mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a busca e apreensão e, conseqüentemente, a resolução do Contrato de Financiamento de Veículos com Garantia de Alienação Fiduciária, visto constituírem-se em medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença" (inadimplemento das últimas 4 parcelas de um total de 48). Ressaltou que: "não se está a afirmar que a dívida ainda não quitada desaparece, mas apenas que o meio de realização do crédito do qual optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, conseqüentemente, com o princípio da conservação dos contratos, e ainda, pela boa-fé objetiva que consagra os deveres de cooperação e lealdade entre as partes". E, concluiu por determinar o retorno dos autos à origem para que seja facultado à parte autora a emenda de sua petição inicial a fim de que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor", adequando-a à ação executiva ou de cobrança (*ut fl.* 13-14).

*Permissa venia*, tem-se por absolutamente imprópria a invocação da teoria do adimplemento substancial (não prevista em lei, mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do Código Civil), como fundamento idôneo a afastar o legítimo direito de ação do credor fiduciário de promover a busca e apreensão do bem, para, valendo-se da garantia fiduciária ajustada, compelir o devedor fiduciante a honrar a sua obrigação inadimplida, tal como lhe confere expressamente a específica lei de regência.

Para o desate da questão, afigura-se de suma relevância, a princípio, bem delimitar o tratamento legislativo conferido aos negócios fiduciários em geral, do que ressaltado, conforme se demonstrará, que o Código Civil limitou-se a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, não se aplicando às demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária disciplinadas em lei especial, como

é o caso da alienação fiduciária dada em garantia, regida pelo Decreto-Lei n. 911/1969, salvo se o regramento especial apresentar alguma lacuna e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela mencionada lei.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, por meio do negócio fiduciário, o devedor fiduciante transfere, sob condição resolutiva, a propriedade ou a titularidade sobre um bem ao credor fiduciário, que, por sua vez, o recebe em garantia, remancipando-o, ao final, caso implementada a condição (o adimplemento da obrigação). Na alienação fiduciária em garantia, em se tratando de bem corpóreo, atribuí-se ao credor fiduciário, sob condição resolutiva, a propriedade daquele. Na cessão fiduciária, por sua vez, cuidando-se de bem incorpóreo (como é o caso do direito sobre coisas móveis ou do crédito representado pelo título), imputa-se ao credor fiduciário, sob condição resolutiva, a titularidade deste.

Esses dois modos de constituição de propriedade fiduciária (alienação e cessão fiduciária), a depender do bem sobre o qual recaia, e – na abordagem doutrinária de Francisco Eduardo Loureiro –, em alguns casos, também do agente participante da relação jurídica, têm tratamento legal específico.

De modo a sistematizar o tratamento legal ofertado à propriedade fiduciária, o mencionado autor, em obra coordenada pelo Ministro Cezar Peluzo, assinala:

[...] há profusa legislação especial tratando da mesma matéria. Pode-se afirmar a atual coexistência de múltiplos regimes de jurídicos da propriedade fiduciária: o CC disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor fiduciário não for instituição financeira; o art. 66-B da Lei n. 4.728/65, acrescentado pela Lei n. 10.931/2004, e o DL n. 911/69 disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira; a Lei n. 9.514/97, também modificada pela Lei n. 10.931/2004, disciplina a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, quando os protagonistas forem ou não instituições financeiras, além da titularidade fiduciária dos créditos como lastro de operação de securitização de dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário; a Lei n. 6.404/76 disciplina a propriedade fiduciária de ações.

O atual CC, pode-se assim dizer, popularizou a utilização da propriedade fiduciária, franqueando-a a pessoas físicas e jurídicas. Qualquer pessoa pode ser credora fiduciária e utilizar essa forte garantia real nas obrigações em geral. Limitou o objeto, porém, às coisas móveis infungíveis.

A lei n. 10.931/2004 fixou regime jurídico próprio, com regras específicas de direito material e processual, para os casos de propriedade fiduciária em garantia de obrigação na qual o credor fiduciário seja instituição financeira, tendo por objeto bens móveis, tanto infungíveis como fungíveis, inclusive bens incorpóreos como créditos.



A lei n. 9.514/97, por seu turno, criou regime jurídico especial tendo em conta não os sujeitos da obrigação, mas o objeto da garantia, que recai sobre coisa imóvel. Aplica-se a lei especial, desde que a garantia fiduciária recaia sobre coisa imóvel, a todos os credores fiduciários, instituições financeiras ou não.

Em relação às propriedades fiduciárias previstas em leis especiais, criou o CC regra clara para evitar o conflito de normas: aplicam-se de modo primário as leis especiais e, em suas lacunas e no que não as contrariar, as normas gerais do CC. O inverso, porém, não é verdadeiro. (Loureiro, Francisco Eduardo. Código Civil Comentado. Coordenador Ministro Cezar Peluso. Editora Manole. 7ª Edição. 2013. p. 1.423) sem grifos no original

Efetivamente, o Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A, limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis. Em relação às demais espécies de bem, a propriedade fiduciária sobre eles constituída é disciplinada, cada qual, por lei especial própria para tal propósito.

Essa circunscrição normativa, ressalta-se, restou devidamente explicitada pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.368-A (introduzido pela Lei n. 10.931/2004), ao dispor textualmente que *"as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial"*.

Vê-se, portanto, que a incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela mencionada lei.

Delimitado assim o tratamento legislativo da propriedade fiduciária, tem-se terreno fértil para se chegar à conclusão de que a aplicação da teoria do adimplemento substancial, não prevista em lei (mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do Código Civil, sob a vertente da preservação dos contratos e da função social do contrato), afigura-se *in totum* incompatível com os termos da lei especial, que é expressa (sem lacuna, portanto) em assentar a necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente, para viabilizar a restituição do bem ao devedor fiduciante.

No ponto, releva assinalar que o Decreto-lei 911/1969, já em sua redação original, previa a possibilidade de o credor fiduciário, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento, valer-se da medida judicial de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a ser concedida liminarmente, preceito, é certo, que restou mantido pela Lei n. 13.043/2014.

De seus termos, extrai-se que, desde que devidamente comprovada a mora ou o inadimplemento, ao credor fiduciário é dada a possibilidade de se valer da medida judicial de busca e apreensão para compelir o devedor fiduciante a cumprir a sua obrigação ajustada, sendo, para esse fim, irrelevante qualquer consideração acerca da medida do inadimplemento.

A propósito, transcreve-se a disposição legal sob comento:

Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

(...)

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014).

§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004) sem grifos no original.

Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do

inadimplemento, preconizou, expressamente, que a restituição do bem livre de ônus ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento da “integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial”.

Respeitada compreensão diversa, tem-se que a lei não poderia ser mais clara quanto à exigência de quitação integral do débito, como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Ou seja, nos termos da lei, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente.

Por oportuno, é de se destacar que, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.418.593/MS, sob o rito dos repetitivos, em que se discutia a possibilidade de o devedor purgar a mora, diante da entrada em vigor da Lei n. 10.931/2004, que modificou a redação do art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei, a Segunda Seção do STJ bem especificou o que consistiria a expressão “dívida pendente”, cujo pagamento integral viabiliza a restituição do bem ao devedor, livre de ônus.

Perfilhou-se o entendimento de que a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

Do voto condutor, da lavra do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, extrai-se o seguinte excerto:

O texto atual do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 é de clareza solar no tocante à necessidade de quitação de todo o débito, inclusive as prestações vincendas. Realizando o cotejo entre a redação originária e a atual, fica límpida que a Lei não faculta mais ao devedor a purgação de mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraíndo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida.

Dessarte, a redação vigente do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, segundo entendo, não apenas estabelece que o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, como dispõe que, nessa hipótese, o bem será restituído livre do ônus - não havendo, pois, margem à dúvida acerca de se tratar de pagamento de toda a dívida, isto é, de extinção da obrigação, relativa à relação jurídica de direito material (contratual).

[...]

(...) não se pode presumir a imprevidência do legislador que, democraticamente eleito, em matéria de competência do Poder Legislativo, presumivelmente sopesando as implicações sociais, jurídicas e econômicas da modificação do ordenamento jurídico, vedou, para

alienação fiduciária de bem móvel, a purga da mora, sendo, pois, matéria insuscetível ao controle jurisdicional (infraconstitucional).

Nesse passo, a título de registro, vale transcrever o voto proferido no REsp 1.287.402/PR, relator p/ acórdão Ministro Antonio Carlos Ferrreira. Sua Excelência alinhou:

A hipótese legal, para mim, é muito clara. O devedor pode, nos 5 (cinco) dias previstos em lei, pagar a integralidade da dívida pendente. "O devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus".

Ora, se o bem vai ser restituído livre de ônus, é porque deverá ser realizado o pagamento integral da dívida, incluindo o valor correspondente às parcelas vencidas e encargos. É o que se conclui da leitura do § 2º do artigo 3º do Decreto-lei n. 911/69, com a redação introduzida pela Lei n. 10.931/2004;

Sr. Presidente, entendo que a alteração do referido Decreto-lei levada a efeito por meio da Lei n. 10.931/2004 não foi à toa. A intenção do legislador é exatamente essa: o pagamento da integralidade da dívida (parcelas vencidas e vincendas).

O instituto da alienação fiduciária é um instituto útil para o desenvolvimento do País. Não é só financiamento de automóveis, inclui financiamento de máquinas, equipamentos, implementos agrícolas e até imóveis.

Esse instituto, na forma como é concebido, facilita o acesso ao crédito e reduz o seu custo, exatamente porque assegura ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem financiado e a recuperação do crédito.

(...) é inegável que, com a vigência da Lei n. 10.931/2004, o art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei 911/1969, para os casos de alienação fiduciária envolvendo bem móvel, é mitigado o princípio da conservação dos contratos consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pelo afastamento, para esta relação contratual, do art. 401 do CC.

Nesse particular, ademais, cumpre consignar que, evidentemente, naquilo que compatível, aplicam-se à relação contratual envolvendo alienação fiduciária de bem móvel, integralmente, as disposições previstas no Código Civil e, nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor.

Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso — desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável —, 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.

Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (qual seja, do Decreto-Lei n. 911/1969), e, por via transversa, ao meu sentir, da própria orientação firmada pela Segunda

Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia.

De se constatar, inclusive, que a pretensa aplicação da teoria do adimplemento substancial como argumento destinado a inviabilizar a utilização da ação de busca apreensão — eleita pela lei de regência como a via judicial mais idônea a satisfação do crédito — desvirtua a própria finalidade da teoria em comento.

No ponto, releva bem acentuar que a teoria do adimplemento substancial, como corolário dos princípios da boa-fé contratual e da função social dos contratos, preceitua a impossibilidade de o credor extinguir o contrato estabelecido entre as partes, em virtude de inadimplemento, do outro contratante/devedor, de parcela ínfima, em cotejo com a totalidade das obrigações assumidas e substancialmente quitadas.

A propósito, o escólio de Clóvis Couto e Silva:

(...) 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)". (O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo, Revista dos Editores Tribunais, pág. 56 - grifou-se)

Como se constata, a teoria em análise tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de pequena parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual.

Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Ao contrário. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). Esta é a pretensão imediata.

A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

É dizer: não havendo pagamento da dívida pendente, a despeito de ela ser substancialmente ínfima (tal com alegado) e de o devedor ter inequívoca ciência das

consequências de seu inadimplemento, procede-se à satisfação do crédito por meio da venda do bem dado em garantia fiduciária, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, aplicando-se o preço da venda no pagamento do crédito e das despesas decorrentes, com entrega ao devedor do saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.

Como se constata, eventual extinção do contrato, decorrente do ajuizamento da ação de busca e apreensão, dá-se pelo efetivo cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato de financiamento de veículo garantido por alienação fiduciária, o que só evidencia a eficácia da via judicial eleita pela lei como a mais idônea à satisfação do crédito.

Nesse contexto, é questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas — mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação —, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária.

Ora, se o valor do débito é ínfimo e o devedor tem inequívoco conhecimento de que sua inadimplência pode ensejar a perda do bem (com a restituição da diferença), não se antevê razão lúdica para que este remanesça faltoso com a sua obrigação contratual. 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 contratual propugnada.

Com esse norte, destaca-se julgado da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça que, no bojo de inusitada ação indenizatória promovida pelo devedor fiduciante em face do credor fiduciário, rechaçou a alegação de abuso do direito de ação, em virtude do ajuizamento de ação de busca e apreensão destinada à satisfação de crédito reputado de menor importância, por considerar de todo inaplicável a teoria do adimplemento substancial:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSTORNOS RESULTANTES DA BUSCA E APREENSÃO DE

AUTOMÓVEL. FINANCIAMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLEMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO DE APENAS UMA DAS PARCELAS CONTRATADAS. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. BUSCA E APREENSÃO. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DECRETO-LEI Nº 911/1969. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA RECURSAL. INDEFERIMENTO. TERMO FINAL PARA APRESENTAÇÃO. INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO.

1. Ação indenizatória promovida por devedor fiduciante com o propósito de ser reparado por supostos prejuízos, de ordem moral e material, decorrentes do cumprimento de medida liminar deferida pelo juízo competente nos autos de ação de busca e apreensão de automóvel objeto de contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia.

2. Recurso especial que veicula pretensão da instituição financeira ré de (i) ver excluída sua responsabilidade pelos apontados danos morais, reconhecida no acórdão recorrido, por ter agido, ao propor a ação de busca e apreensão do veículo, em exercício regular de direito e (ii) ver reconhecida a inaplicabilidade, no caso, da "teoria do adimplemento substancial do contrato".

3. A prerrogativa conferida ao recorrente pelo art. 501 do Código de Processo Civil - de desistir de seu recurso a qualquer tempo e sem a anuência do recorrido ou eventuais litisconsortes - encontra termo final lógico no momento em que iniciado o julgamento da irresignação recursal. Não merece homologação, no caso, pedido de desistência recursal apresentado após já ter sido proferido o voto do relator e enquanto pendia de conclusão seu julgamento em virtude de pedido de vista. Precedentes.

4. A teor do que expressamente dispõem os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 911/1969, é assegurado ao credor fiduciário, em virtude da comprovação da mora ou do inadimplemento das obrigações assumidas pelo devedor fiduciante, pretender, em juízo, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. O ajuizamento de ação de busca e apreensão, nesse cenário, constitui exercício regular de direito do credor, o que afasta sua responsabilidade pela reparação de danos morais resultantes do constrangimento alegadamente suportado pelo devedor quando do cumprimento da medida ali liminarmente deferida.

5. O fato de ter sido ajuizada a ação de busca e apreensão pelo inadimplemento de apenas 1 (uma) das 24 (vinte e quatro) parcelas avençadas pelos contratantes não é capaz de, por si só, tornar ilícita a conduta do credor fiduciário, pois não há na legislação de regência nenhuma restrição à utilização da referida medida judicial em hipóteses de inadimplemento meramente parcial da obrigação.

6. Segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menor importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

7. A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que não se

confunde com a ação de rescisão contratual - esta, sim, potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação.

8. Recurso especial provido para, restabelecendo a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido indenizatório autoral. (Resp 1255179/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 18/11/2015) sem grifos no original

Como se constata, a compreensão exarada na origem enseja compulsória renúncia à garantia fiduciária licitamente ajustada, com todos os consectários legais que a lei prevê, impondo-se ao credor fiduciário valer-se de outras vias judiciais, que não aquela preceituada pela lei de regência como sendo a mais idônea e eficaz para a efetiva satisfação do crédito.

E, aqui, mais uma perplexidade processual. Extingue-se ou — na proposta de voto do relator — obsta-se a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada a ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota, sim, absoluto descompasso com o sistema processual.

Por fim, não se pode deixar de reconhecer que a aplicação da tese do adimplemento substancial na hipótese em comento, a pretexto de proteger o consumidor, parte vulnerável da relação contratual, acaba, em última análise e na realidade dos fatos, a prejudicar o consumidor adimplente, que, doravante, terá que assumir o ônus pelo inarredável enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária, naturalmente com o pagamento de juros mais elevados. A própria indefinição do que seria adimplemento substancial, em termos percentuais, de inequívoca subjetividade, enseja, diante da elevação do risco de inadimplemento, sensível majoração dos juros cobrados em contratos dessa espécie.

Também com esta percepção, oportuno trazer as considerações tecidas pela Ministra Maria Isabel Gallotti, por ocasião do julgamento do Resp 1.287.402/PR, e reprisadas no já citado recurso especial representativo da controvérsia (Resp n. 1.418.593/MS), *in totum* aplicável a hipótese dos autos:



[...] Com a devida vênia, penso que o entendimento do Relator, por mais que seja inspirado na defesa do consumidor e no princípio de preservação e do fim social do contrato, na realidade, data máxima vênia, ele vai contra o consumidor, contra o contrato e contra o sistema, porque essa mescla de princípios do CDC, naquilo em que ele é incompatível com o regime da alienação fiduciária, que pressupõe a propriedade do bem em nome do credor como garantia, ela acaba, a meu ver, com a finalidade do instituto da alienação fiduciária, que, exatamente, dá essa garantia ao credor.

Então, por mais que pareça brusco que o credor tenha o direito de dar por vencida a dívida integralmente, de vender o bem, e, se o devedor não pagar a dívida inteira, já ser expedido um certificado de propriedade em nome do credor, ou de um terceiro, é exatamente essa possibilidade que o sistema jurídico dá, de o credor saber que, diante da inadimplência, ele vai reintegrar, rapidamente, o bem ao seu patrimônio, para vendê-lo e imputar no pagamento da dívida, isso é que possibilita o aumento da concessão de crédito e deveria levar a uma diminuição de taxa de juros, que, se não acontece, é um problema de economia de mercado, que será ainda mais agravado se houver decisões judiciais que tirem a força do sistema da alienação fiduciária.

Penso, com a devida vênia, que não há ofensa ao princípio da boa-fé, porque é inerente ao sistema da alienação fiduciária essa prerrogativa do credor. Estão cientes ambos os contratantes de que a propriedade do bem é do credor e poderá ser nele consolidada, atendidos os trâmites legais e contratuais. Não haveria, data vênia, uma preservação do contrato, mas a descaracterização do sistema do contrato de alienação fiduciária e a criação por decisão judicial de um outro contrato atípico que não foi o pretendido pelas partes, mais semelhante a um contrato de mútuo, o qual, certamente, não teria sido celebrado nas mesmas condições pela instituição financeira credora. (sem grifos no original)

De se concluir, por conseguinte, 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.

Em arremate, pedindo-se vênia ao relator, o eminente Ministro Marco Buzzi, dou provimento ao recurso especial para, reconhecendo a existência de interesse de agir do demandante em promover ação de busca e apreensão, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, determinar que os autos retornem à origem, prosseguindo-se o feito, tal como proposto (ação de busca e apreensão), na esteira do devido processo legal.

É o voto.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8)****RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI****R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE****EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. 1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA. RECONHECIMENTO. 2. REMANCIPAÇÃO DO BEM AO DEVEDOR CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E ENCARGOS APRESENTADOS PELO CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (REsp n. 1.418.593/MS). 3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO, COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO (AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA), SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR FIDUCIÁRIO. 4. DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL, CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (*ut* Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10931/2004).

1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que

pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente.

2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso — desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável —, 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. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n. 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípua impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada

para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustado.

4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas — mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação —, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. 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 contratual propugnada.

4.2. 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.

5. Recurso Especial provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso especial para reconhecer a existência de interesse de agir do demandante em promover ação de busca e apreensão, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, determinando o retorno dos autos à origem, e o prosseguimento do feito tal como proposto (ação de busca e apreensão), nos termos do voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze os Srs. Antonio Carlos Ferreira, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Vencidos os Srs. Ministros Marco Buzzi (Relator) e Luis Felipe Salomão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 22 de fevereiro de 2017 (data do julgamento). MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator p/Acórdão