

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO

Nikolas dos Santos Mathias

**ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM  
GARANTIA**

Porto Alegre

2018

NIKOLAS DOS SANTOS MATHIAS

**ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM  
GARANTIA**

Monografia apresentada ao Departamento de  
Direito Privado e Processo Civil como requisito  
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Profa. Dr<sup>a</sup>. Tula Wesendonck

Porto Alegre

2018

NIKOLAS DOS SANTOS MATHIAS

**ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM  
GARANTIA**

Monografia apresentada ao Departamento de  
Direito Privado e Processo Civil como requisito  
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 07 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

---

Profa. Dr<sup>a</sup> Tula Wesendonck  
Orientadora

---

Profa. Dr<sup>a</sup> Lisiane Feiten Wingert Ody

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Simone Tassinari Cardoso Fleischmann

Dedico este trabalho à minha avó Zilda, que nos deixou em agosto.

Agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Tula Wesendonck, pelos conselhos e ensinamentos, aos meus pais, Zoarês e Geneci, pelo apoio, amparo e paciência e à Gabriela, companheira de todos os momentos.

## RESUMO

Este estudo analisa a teoria do adimplemento substancial e a sua aplicação nos contratos de alienação fiduciária em garantia. O objetivo é verificar a compatibilidade dos institutos jurídicos. A teoria do adimplemento substancial é um limite à resolução dos contratos e é baseada em institutos jurídicos fundamentais, como a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a vedação ao abuso do direito. São requisitos para a aplicação do adimplemento substancial a escassa importância do inadimplemento e a manutenção da utilidade da prestação para o credor, que terá direito a indenização por perdas e danos. A alienação fiduciária é uma ferramenta de ampliação de acesso ao crédito ao facilitar a execução da garantia com a ideia de propriedade resolúvel. Conclui-se que aplicar a teoria do adimplemento substancial, limitando o direito do credor estabelecido no contrato e na lei, flexibiliza as regras da alienação fiduciária, acarretando em aumento dos juros para os mutuários em geral.

**Palavras-chave:** Adimplemento substancial. Alienação fiduciária. Contratos.

## **ABSTRACT**

This study analyzes the theory of substantial performance and its application in fiduciary agreements. The goal is to check the compatibility of the legal institutes. The theory of substantial performance is a limit to the settlement of contracts and it is based on fundamental legal institutes, such as good faith, the social function of the contracts, and the prohibition of abuse of rights. The requirements for the application of the substantial performance are the low importance of the default and the maintenance of the utility of the benefit for the creditor, who will be entitled to compensation for damages. The fiduciary contract is a tool to increase access to credit by facilitating the execution of the warranty with the idea of resolvable property. The conclusion is that applying the theory of substantial performance, limiting the right of the creditor established in the contract and in the law, eases the rules of fiduciary contract, causing increased interest for borrowers in general.

**Key words:** Substantial performance. Fiduciary contract. Contracts.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 OS FUNDAMENTOS DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL .....</b>	<b>11</b>
2.1 CONCEITO E BASE JURÍDICA .....	11
2.2 ORIGEM, APLICAÇÃO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS E RECEPÇÃO NO BRASIL .....	12
2.3 O INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES, A RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS E A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA PELA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS .....	17
2.4 A BOA-FÉ.....	27
2.5 ABUSO DO DIREITO.....	31
<b>3 A APLICAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....</b>	<b>35</b>
3.1 AS CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO .....	35
3.2 O CRITÉRIO DA ESCASSA IMPORTÂNCIA.....	37
3.3 A NECESSIDADE DE SATISFAÇÃO DO INTERESSE DO CREDOR.....	40
3.4 CARACTERÍSTICAS DO INADIMPLEMENTO.....	42
3.5 EFEITOS DA APLICAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL .....	47
<b>4 A APLICAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA .....</b>	<b>49</b>
4.1 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	49
<b>4.1.1 Origem, conceito e formato jurídico da alienação fiduciária em garantia.....</b>	<b>49</b>
<b>4.1.2 O contrato de alienação fiduciária em garantia e sua efetivação.....</b>	<b>53</b>
4.2 COMPATIBILIDADE DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COM A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA .....	58
<b>4.2.1 A Análise Econômica do Direito e as consequências da flexibilização das regras da alienação fiduciária em garantia .....</b>	<b>58</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>69</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O contrato é o meio pelo qual as pessoas, físicas ou jurídicas, ajustam seus negócios jurídicos. Assim, tal instrumento é essencial para a vida em sociedade há séculos, sendo vital para organizar as relações econômicas e sociais.

O objetivo dos pactos é especialmente trazer segurança e expectativa de cumprimento aos contratantes, afinal, especialmente em um mundo como vivemos, não se pode mais imaginar que basta considerar a reputação de alguém como certeza de honestidade. Além disso, é preciso tentar prever situações que podem impedir o perfeito andamento do que foi anteriormente ajustado.

Se antigamente reinava o princípio do *pacta sunt servanda*, no qual as partes eram escravas do contrato, na atualidade o Direito evoluiu ao considerar a complexidade das relações humanas e, especialmente, ao considerar essencial manter o equilíbrio contratual e evitar abusos contra uma das partes ou mesmo contra a sociedade em geral.

Ao ajustar um pacto, a parte visa cumprir o combinado e adimplir a sua obrigação, contudo, mesmo que esteja de boa-fé, podem surgir situações imprevisíveis, especialmente nos negócios jurídicos de longa duração, as quais impossibilitem o cumprimento do ajustado como inicialmente previsto. Esse tipo de situação ocorre com mais frequência especialmente em momentos de crise econômica como a que o Brasil enfrenta há alguns anos.

Tendo em vista o mercado brasileiro, historicamente marcado pelo uso de financiamentos de longo prazo para a aquisição de bens de alto valor, devido ao conhecido baixo poder de compra da esmagadora maioria da população, são comuns as aquisições por meio de alienação fiduciária em garantia, especialmente bens essenciais como a casa própria, por exemplo.

Em épocas de crise como a atual surgem ainda mais casos de inadimplemento no transcorrer dos financiamentos. Muitos desses casos afetando quem já havia pago grande parte da dívida. E, assim, gerando execução da garantia pelas instituições financeiras, o que, no caso de alienação fiduciária, acarreta em perda do bem financiado.

Para as situações nas quais a dívida já tenha sido quase inteiramente saldada, o Poder Judiciário aplica a teoria do adimplemento substancial, afastando a possibilidade de resolução do contrato, de forma que a parcela faltante do débito deve ser de outra forma adimplida, sem a necessidade do retorno da situação das partes ao momento anterior ao da celebração do negócio jurídico.

Se ambos institutos estão presentes no Direito pátrio, sendo a alienação fiduciária em garantia um método de financiamento com décadas de história no país e a teoria do adimplemento substancial, como já referido, aplicada pela jurisprudência, haveria algum conflito entre eles?

O que gerou essa pergunta foi o fato da alienação fiduciária em garantia ter como característica fundamental a ideia de propriedade resolúvel, transferindo a coisa ao credor até o adimplemento da obrigação e, se este não ocorrer, servindo aquela como pagamento do saldo da dívida.

Ou seja, se somente com o pagamento total do débito o devedor torna-se o proprietário do bem, livre de gravames, como aplicar a teoria do adimplemento substancial, que justamente inibe a resolução do contrato quando a obrigação for quase que totalmente, mas não totalmente, satisfeita?

E mais, não seria essa medida um desvirtuamento da alienação fiduciária como foi proposta em 1969, pois afetaria justamente a sua ideia principal que é a execução da garantia de forma ágil e menos custosa, tendo funcionado como método de facilitação do crédito para consumo de bens de alto valor?

Assim, surgiu a pergunta: a aplicação da teoria do adimplemento substancial é compatível com os contratos de alienação fiduciária em garantia?

A fim de responder essa questão, este trabalho iniciará pela conceituação da teoria, seguida pela sua origem no Direito estrangeiro e quando passou a ser aplicada pelo Direito brasileiro, bem como pela ideia de resolução do contrato e suas consequências.

Após, será pesquisada a sua estrutura, pois trata-se de uma construção com base em institutos jurídicos essenciais para o estudo moderno dos contratos, como a boa-fé, a função social do contrato e a noção de abuso de direito, sendo o primeiro capítulo deste trabalho dedicado a essa parte fundamental.

Tendo sido estudadas as bases para o tema, o segundo capítulo do trabalho buscará compreender a teoria do adimplemento substancial em si. Serão expostos os seus requisitos, suas características, bem como seus efeitos. Dar-se-á especial destaque à ideia de inadimplemento de escassa importância.

Estudada a teoria do adimplemento substancial, o terceiro capítulo será dedicado a averiguar a sua compatibilidade com a alienação fiduciária em garantia. Esta inicialmente será tema de pesquisa, sendo expostas suas peculiaridades, a fim de comparar suas características com aquela.

Com o objetivo de verificar a compatibilidade dos institutos, será feita uma breve consideração sobre a Análise Econômica do Direito a fim de possibilitar avaliar quais as consequências para a sociedade quando o Poder Judiciário interfere nos contratos de alienação fiduciária em garantia ao aplicar a teoria do adimplemento substancial, especialmente na compensação que as instituições financeiras podem fazer por meio de elevação dos juros.

Feito esse paralelo com a Análise Econômica do Direito, cabe verificar como a jurisprudência enfrenta o problema, consultando a mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que pacificou o entendimento na 2ª Seção da Corte.

## 2 OS FUNDAMENTOS DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial é relativamente recente no Direito Brasileiro. Sendo assim, a sua aplicação ainda não segue parâmetros firmemente estabelecidos, sendo possível encontrar diversas formas para sua execução, as quais serão estudadas no segundo capítulo.

Logo, é necessário, antes de adentrar no estudo de suas características, compreender o que gerou sua criação e em quais bases jurídicas a teoria é fundamentada.

Neste capítulo, estudar-se-á o tema começando pelo seu conceito e sua origem e, após, uma breve pesquisa dos institutos jurídicos que lhe servem de base.

### 2.1 CONCEITO E BASE JURÍDICA

Para início do estudo do tema do Adimplemento Substancial, cabe listar como a doutrina conceitua a teoria no Brasil.

De acordo com Silva:

Um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé.<sup>1</sup>

Da ideia do jurista, entende-se que se trata de verdadeiro limite ao direito de resolução devido aos parâmetros impostos pela boa-fé.

Para Tartuce, “[...] pela teoria do adimplemento substancial (substantial performance), em hipóteses em que o contrato tiver sido quase todo cumprido, não caberá a sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, visando sempre a manutenção da avença”.<sup>2</sup> Ou seja, o autor frisa a ideia de manutenção dos contratos e de evitar a resolução quando possível.

No mesmo sentido explica Bussatta:

A teoria do adimplemento substancial toma em consideração o desequilíbrio existente no exercício do direito à resolução, em ocorrência do inadimplemento de escassa importância, de forma a considera-lo abusivo, uma vez que contrário à boa-fé e à

---

<sup>1</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (org). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 33-58, 1997. p. 45.

<sup>2</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

finalidade econômico-social do contrato, permitindo-se, então, ao juiz, a ruptura ético-jurídica do direito legal, a fim de decidir a lide de acordo com os postulados da justiça e os anseios sociais.<sup>3</sup>

Bussatta fala dos efeitos nocivos ao equilíbrio contratual pela resolução em caso de inadimplemento de escassa importância, salientando a necessidade de intervenção judicial.

Medina assim conceitua:

Tal interpretação decorre da chamada teoria do adimplemento substancial (ou inadimplemento mínimo), que impede a implementação da medida resolutória em situações nas quais: a) tenha havido cumprimento substancial do negócio jurídico (débito insignificante); b) impossibilidade do devedor adimplir com a pequena parcela restante.<sup>4</sup>

O autor também chama atenção para a necessidade de o débito ser insignificante, mas impossível de ser adimplido pelo devedor. Esses e outros critérios serão vistos adiante.

O Adimplemento Substancial está baseado em alguns dos mais importantes institutos do Direito<sup>5</sup>. Assim, neste capítulo, logo após demonstrar as origens da teoria, serão estudadas suas bases jurídicas<sup>6</sup>, quais sejam, a resolução dos contratos e o conceito de obrigação como processo e sua flexibilização pela função social, o fundamento da boa-fé objetiva e o abuso de direito.

## 2.2 ORIGEM, APLICAÇÃO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS E RECEPÇÃO NO BRASIL

Em virtude das injustiças que ocorreriam no caso de descumprimento de somente pequena parte da obrigação<sup>7</sup>, a primeira aplicação do Adimplemento Substancial ocorreu na Inglaterra, no julgamento do caso *Boone vs. Eyre*, em 1777.<sup>8</sup> Na demanda, acerca de uma transmissão de uma plantação nas Índias Ocidentais<sup>9</sup>, havia um contrato no qual ficou ajustado que, além de um pagamento inicial de 500 libras esterlinas, seria paga por Eyre a Boone uma

<sup>3</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 91.

<sup>4</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. A aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos bancários. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 183-192, jul./set. 2014.

<sup>5</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 60.

<sup>6</sup> BECKER, *loc. cit.*

<sup>7</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 39.

<sup>8</sup> ZAMPINI, Regina Célia Costa Alvarenga. O Adimplemento Substancial na Alienação Fiduciária Móvel. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Rev. dos Tribunais, v. 18, n. 78, p. 217-240, jun. 2017.

<sup>9</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 39.

renda vitalícia de 160 libras esterlinas mensais. Como os escravos fugiram das terras, Eyre deixou de pagar as mensalidades.<sup>10</sup>

O caso assim desenvolveu-se, conforme Bussatta:

Eyre atrasou o pagamento da renda anual, o que fez com que Boone ingressasse com ação exigindo tal pagamento. Em reconvenção, Eyre, buscou a resolução do contrato, baseado no descumprimento do contrato pelo demandante, sob o fundamento de que não era ele o legítimo proprietário dos escravos.<sup>11</sup>

O magistrado entendeu que se o inadimplemento for relativo somente a uma parte que possa ser reparada com indenização, não deve haver a resolução do contrato. Houve uma separação das cláusulas do tipo *condition*, as quais são essenciais ao negócio, em relação às do tipo *warranty*, as quais referem-se a questões acessórias.<sup>12</sup> E, assim, foi julgado pelo Lord Mansfield que:

The distinction is very clear, where mutual covenants go to the whole of the consideration on both sides, they are mutual conditions, the one precedent to the other. But where they go only to a part, where a breach may be paid for in damages, there the defendant has a remedy on his covenant, and shall not plead it as a condition precedent.<sup>13</sup>

Contudo, tal abordagem do tema poderia levar a injustiças, por desconsiderar a gravidade do descumprimento<sup>14</sup>. Conforme Bussatta, mesmo uma ínfima infração a uma *condition* acarretaria, possivelmente, na resolução contratual. Já substancial e grave descumprimento de uma *warranty* estaria limitada à indenização por perdas e danos.<sup>15</sup>

Ainda segundo o mesmo autor, atualmente no Direito Inglês avalia-se a gravidade do descumprimento, de forma que a parte só poderá resolver seu contrato se aquele for suficientemente sério.<sup>16</sup>

Ou seja, verifica-se se a gravidade do inadimplemento é relevante, bem como são avaliadas as consequências do descumprimento para a economia contratual. Assim, se aquele

---

10 GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 71-87, jan./mar. 2011.

11 BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 40.

12 GOMIDE, *loc. cit.*

13 Em tradução livre, “A diferença é muito clara, em um contrato com prestações recíprocas, as prestações são mútuas, uma precedente à outra. Mas se seu cumprimento for parcial e o inadimplemento puder ser pago como perdas e danos, neste caso o réu tem um remédio em seu pacto, e não pode invocar o inadimplemento como uma condição precedente (...)”. Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/cases/2417>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

14 BUSSATTA, *op. cit.*, p. 41.

15 BUSSATTA, *op. cit.*, p. 41.

16 BUSSATTA, *op. cit.*, p. 41.

for leve, acarretará numa solução de indenizar por perdas e danos. Se for um inadimplemento grave, o qual afete a economia do contrato e o seu equilíbrio, caberá a resolução.<sup>17</sup>

O Direito Continental absorveu a teoria do adimplemento substancial com a verificação da gravidade do descumprimento e de suas consequências.<sup>18</sup>

Em alguns países de tradição romano-germânica, há a positivação sobre o tema.<sup>19</sup> No direito português há a previsão no artigo 802º do Código Civil, o qual diz

1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.<sup>20</sup>

Na Itália, o Código Civil prevê no artigo 1455<sup>21</sup> que “Importanza dell'inadempimento. Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra (1522 e seguenti, 1564 e seguente, 1668, 1901)”.<sup>22</sup> É questionável a avaliação da gravidade do inadimplemento diante da existência de cláusula resolutiva expressa.<sup>23</sup> Conforme Bussatta, ao comentar tal característica do Direito Italiano:

A controvérsia doutrinária e jurisprudencial parece pender para a impossibilidade de avaliação judicial da gravidade do descumprimento, por ter sido este previamente avaliado pelas partes. Dessa forma, estaria a avaliação “preclusa” para o magistrado, entendimento este que demonstra clara preferência pela autonomia privada em detrimento do equilíbrio contratual.<sup>24</sup>

Na Alemanha, o BGB dispõe sobre o instituto em seu parágrafo 323. O Código Civil alemão diz:

Se o devedor tiver cumprido em parte, o credor pode resolver o contrato com um todo somente se ele não tiver interesse no cumprimento parcial. Se o devedor não cumpriu

<sup>17</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 41.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>19</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

<sup>20</sup> Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=801&artigo\\_id=&nid=775&pagina=9&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=801&artigo_id=&nid=775&pagina=9&tabela=leis&nversao=&so_miolo=)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

<sup>21</sup> Disponível em: <[http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter\\_dictum/codciv/Lib4.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

<sup>22</sup> Em tradução livre: “Importância do inadimplemento. O contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma parte tem escassa importância tendo em conta o interesse da outra (1.522 e seguintes, 1.564 e seguinte, 1.668, 1.901)”.

<sup>23</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 45.

<sup>24</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 45.

a obrigação em conformidade com o contrato, o credor não pode resolver o contrato se o inadimplemento não for irrelevante.<sup>25</sup>

A legislação germânica parece não corresponder à italiana por referir-se à “insignificância” do inadimplemento, ao contrário daquela que fala da “escassa importância” do descumprimento.<sup>26</sup>

Todavia, conforme explica Bussatta, não se trata de uma diferença conceitual relevante:

Entretanto, essa primeira impressão fica desfeita após uma análise mais atenta, já que não há diferença substancial, tampouco quantitativa, entre o inadimplemento de escassa importância e insignificância do inadimplemento. Na verdade, ambos correspondem à lesão de pequena monta, não grave, desprezível, o que redundará na manutenção do sinalagma contratual e da função econômico-social do contrato, não obstante o cumprimento inexacto.<sup>27</sup>

Prossegue o autor, ao comparar as duas normas europeias, demonstrando a necessidade de manter certa liberdade ao julgador para evitar injustiças:

A novel disposição legal, tal qual a italiana, é intencionalmente vaga, permitindo que a doutrina e a jurisprudência, mediante a sua atividade criativa, venham a fixar-lhe o conteúdo, o que trará, inegavelmente, uma dinâmica, considerável às relações contratuais, preferível a uma disposição hermética que engessaria o magistrado, não permitindo a observância das peculiaridades do caso concreto.<sup>28</sup>

Ou seja, tanto na Itália quanto na Alemanha considera-se necessário existir uma fração pequena, insignificante perto do total da obrigação já adimplida. Ambas se utilizam de cláusula aberta para permitir ao julgador avaliar no caso concreto a aplicação do instituto.

Ao contrário de seu vizinho ibérico, a Espanha não possui em seu ordenamento jurídico previsão legal para o adimplemento substancial.<sup>29</sup> O Tribunal Supremo espanhol reconhece o direito à resolução se houver incumprimento sensível à economia do contrato.<sup>30</sup> Aqui na América do Sul, na Argentina, de forma similar à Espanha, inexistente disposição legal relativa ao tema.<sup>31</sup>

---

<sup>25</sup> Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

<sup>26</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 52.



Também não há previsão expressa em lei no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>32</sup> Segundo Regina Célia Costa Alvarenga Zampini, a doutrina e a jurisprudência, contudo, aceitam a teoria<sup>33</sup>, sendo sua aplicação já frequente<sup>34</sup>.

O enunciado 361 do Conselho da Justiça Federal diz que “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.”<sup>35</sup>. O artigo 475 do Código Civil refere-se ao poder do credor de resolver o contrato em caso de inadimplemento: “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”.<sup>36</sup>

A aplicação do Adimplemento Substancial é cada vez mais frequente no direito brasileiro, especialmente após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, conforme estudo jurisprudencial de Navas.<sup>37</sup> Ainda conforme a referida autora, a teoria apareceu na jurisprudência em abril de 1988, no julgamento da apelação 588.012.666, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo relator era Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Assim foi decidido:

Contrato. Resolução. Adimplemento substancial. O comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução. Ação de rescisão julgada improcedente e procedente a indenizatória. Apelo provido em parte, apenas relativamente aos honorários.<sup>38</sup>

Portanto, conclui-se que o instituto foi absorvido pela jurisprudência brasileira após um desenvolvimento no direito continental europeu, o qual adaptou para a *Civil Law* a teoria surgida na *Common Law* dos britânicos. Contudo, o legislador pátrio ainda não elaborou norma a seu respeito, cabendo sua implementação no Direito brasileiro à doutrina e à jurisprudência.

<sup>32</sup> GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 71-87, jan./mar. 2011.

<sup>33</sup> ZAMPINI, Regina Célia Costa Alvarenga. O Adimplemento Substancial na Alienação Fiduciária Móvel. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Rev. dos Tribunais, v. 18, n. 78, p. 217-240, jun. 2017.

<sup>34</sup> GOMIDE, *loc. cit.*

<sup>35</sup> Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

<sup>36</sup> BRASIL. **Código Civil**. Brasília. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

<sup>37</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

<sup>38</sup> Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201707/06143927-rpge57livro.pdf>>. Acesso em 05 maio 2018.

## 2.3 O INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES, A RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS E A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA PELA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Considerando que a teoria do adimplemento substancial é um limite ao poder de resolver os contratos, cabe antes estudar as causas de resolução no ordenamento jurídico nacional.

O Código Civil de 2002 prevê a possibilidade de resolução em seu artigo 475<sup>39</sup>. Neste caso, trata-se de resolução legal, a qual se aplica a todos os contratos sob sua vigência<sup>40</sup>. Se ajustada em cláusula contratual, é classificada como convencional<sup>41</sup>. Aplica-se esse instituto aos contratos bilaterais<sup>42</sup> em caso de incumprimento<sup>43</sup>.

A pretensão de resolução do contrato é conceituada, para Araken de Assis, dessa forma: “o direito à resolução consiste no desfazimento da relação contratual, por decorrência de evento superveniente, ou seja, do inadimplemento imputável, e busca a volta ao status quo”<sup>44</sup>.

Conforme o referido autor, portanto, a ocorrência da resolução se dá de forma retroativa, considerando que as obrigações não foram cumpridas integralmente e o fim previsto não foi alcançado<sup>45</sup>.

A aplicação do instituto delimita-se aos contratos bilaterais, em virtude de inadimplemento por culpa do devedor. A resolução depende de fundamentação devido ao seu caráter extremo, que gera efeitos a ambas as partes.<sup>46</sup>

Mesmo entendimento tem Aguiar Júnior, o qual conceitua o instituto dessa forma:

A resolução é modo de extinção da relação obrigacional estabelecida em contrato bilateral, com a retirada de sua eficácia pelo exercício do direito formativo-extintivo, do qual é titular o credor não-inadimplente, fundado no incumprimento definitivo do devedor e imputável a este.<sup>47</sup>

---

<sup>39</sup> BRASIL. **Código Civil**. Brasília. Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 16 set. 2018.

<sup>40</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003. p. 54.

<sup>41</sup> AGUIAR JÚNIOR, *loc. cit.*

<sup>42</sup> AGUIAR JÚNIOR, *op. cit.*, p. 83.

<sup>43</sup> AGUIAR JÚNIOR, *op. cit.*, p. 93.

<sup>44</sup> ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 77.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>47</sup> AGUIAR JÚNIOR, *op. cit.*, p. 79.

Ou seja, conforme ambos os autores, o inadimplemento por culpa do devedor em um contrato bilateral pode gerar a sua extinção. A partir de agora, analisa-se a gravidade do inadimplemento capaz de gerar tal consequência grave.

O inadimplemento deve ser absoluto, considerado uma modalidade gravíssima de descumprimento dos deveres obrigacionais<sup>48</sup>. Ao listar alguns exemplos em seu texto, Assis assim qualificou a questão:

O traço específico e essencial das situações arroladas, que se espera enquadrado pela casuística, ou seja, a irrecuperabilidade, às vezes se ostenta total. Em tal caso, todo o objeto da prestação devida é atingido, permanentemente, pela inviabilidade da execução voluntária.<sup>49</sup>

Todavia, pode ocorrer de nem toda prestação se tornar irrecuperável. Conforme Assis, foi cogitado pela doutrina, com base em equidade, aplicar resolução parcial em caso de inadimplemento definitivo, porém somente de fração da obrigação.<sup>50</sup>

Similar percepção tem Aguiar Júnior, o qual considera válida a resolução somente parcial:

A “resolução pode ser de toda a relação obrigacional”, compreendendo a prestação principal e seus acessórios, ou apenas de parte dela, se o incumprimento definitivo apanhou apenas uma fração da prestação. Não prevista explicitamente na lei, a resolução parcial deve ser considerada como inerente ao próprio instituto da resolução legal, pois a lei que autoriza o mais permite o menos.<sup>51</sup>

É o caso, por exemplo, de construção de obra que, por motivos técnicos, deixe de alcançar o tamanho previsto. Supondo que seja inviável concluir o edifício conforme pactuado, seria justo resolver o contrato somente no que tange a parte faltante, mantendo o negócio jurídico no que foi realizado.

Para ter como consequência a resolução, o inadimplemento deve ser relevante<sup>52</sup>. Deve ser aferida a sua seriedade, levando-se em consideração o cumprimento parcial da obrigação principal e o descumprimento das obrigações acessórias<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 102.

<sup>49</sup> ASSIS, *loc. cit.*

<sup>50</sup> ASSIS, *op. cit.*, p. 103.

<sup>51</sup> AGUIAR JÚNIOR, *op. cit.*, p. 61.

<sup>52</sup> ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 117.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 116

A mora também pode resultar incumprimento definitivo, caso ocorra a perda de interesse pelo credor.<sup>54</sup> Entretanto, a simples ocorrência daquela não é causa de resolução, pois ao credor somente é facultado, por disposição legal, recusar a prestação após vencimento se esta tornar-se inútil.<sup>55</sup>

É o exemplo clássico do bolo de casamento, no qual a prestação após o prazo é completamente inútil ao credor, em contraponto a um pagamento em pecúnia, o qual pode gerar prejuízos. Contudo, tal tipo de obrigação poderá ser satisfeita e manter sua utilidade após o vencimento, até porque, eventual indenização também será realizada com dinheiro.

Presentes os requisitos, pode o credor requerer judicialmente a resolução, conforme ensina Aguiar Júnior:

Presentes os requisitos da ação (contrato bilateral válido, incumprimento definitivo do devedor ou modificação das circunstâncias e não-inadimplência do credor), o contratante pode exercer o seu direito formativo extintivo de resolver mediante o ajuizamento da ação de resolução, cumulando o pedido com o de indenização, se houver dano derivado de culpa da contraparte.<sup>56</sup>

Prossegue o autor, reiterando a necessidade da apreciação judicial ao considerar medida tão extrema:

Na aplicação das regras que regulam o instituto, seja da resolução convencional, seja da resolução legal ou tácita, o juiz deverá sempre examinar a presença dos requisitos legais para a decretação da resolução, ainda que sobre isso tenham convenionado as partes de modo diverso. A definição contratual do que seja inadimplemento absoluto, a inutilidade da prestação, a satisfação do interesse do credor, o cumprimento ou o incumprimento pelo modo e no tempo devidos, não afastam, antes exigem, e com maior razão, a apreciação judicial, confirmadora ou corretiva, para preservar a justiça comutativa.<sup>57</sup>

Ou seja, é necessária a provocação do judiciário pela parte interessada, no caso, o credor, para obter a resolução do contrato. Afinal, deve ser feita análise dos requisitos necessários a tão grave medida.

---

<sup>54</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003. p. 119.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 60.

Frise-se que a resolução pode ser convencional, fruto de cláusula resolutória expressa. Nesse caso, o vínculo se desfaz automaticamente, sem necessidade de intervenção judicial<sup>58</sup>. É o exemplo dos contratos de promessa de compra e venda, nos quais tal dispositivo é comum.

Com a resolução, ocorre o retorno dos contratantes às posições ocupadas antes do negócio jurídico<sup>59</sup>, sendo os efeitos *ex tunc*<sup>60</sup>. De acordo com Araken de Assis, trata-se de direito formativo extintivo, pois o contrato e seus efeitos, eventualmente já causados, desaparecem.<sup>61</sup>

Contudo, a existência de prestações já realizadas dificulta o retorno ao *status quo*<sup>62</sup>. Como bem descreve Assis:

Ninguém prestando, tudo se facilita: libertam-se os contratantes do vínculo. Se alguém não prestou, seja o parceiro infiel ao contrato, cujo descumprimento imputável ensejou a resolução, seja o figurante não inadimplente, que não estava ainda obrigado a prestar e invocou o remédio resolutivo, porque o outro lado inadimpliu parcialmente sua obrigação, por igual se libera, sem prejuízo de também aguardar a restituição que toca ao seu contrário. Esses figurantes se beneficiam do efeito liberatório.<sup>63</sup>

Prossegue o autor, finalizando sua explicação acerca do tema: “porém, consumado em parte o projeto de intercâmbio prestacional próprio do contrato bilateral, não basta a liberação: necessário se releva a restituição cabal de tudo quanto se recebeu do parceiro”.<sup>64</sup>

Ou seja, a resolução de contrato que ainda não produziu efeitos, evidentemente, será de fácil execução, ocorrendo na verdade apenas desaparecimento do pacto e das obrigações dele decorrentes. Opostamente, diversos transtornos podem surgir com a necessidade de retorno à situação anterior, pois podem as partes ter realizado outros negócios jurídicos com as prestações já realizadas.

Estudada a possibilidade de resolução do contrato, analisar-se-á o entendimento da obrigação como um processo, na qual há a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento.<sup>65</sup> Assim explica Silva, em sua famosa obra *A obrigação como processo*: “Obrigar-se é submeter-se a um vínculo, ligar-se, pelo procedimento, a alguém e em

---

<sup>58</sup> ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 167.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>60</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003. p. 63.

<sup>61</sup> ASSIS, *op. cit.*, p. 147.

<sup>62</sup> ASSIS, *op. cit.*, p. 155.

<sup>63</sup> ASSIS, *op. cit.*, p. 155-156.

<sup>64</sup> ASSIS, *op. cit.*, p. 156.

<sup>65</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 43.

seu favor. O adimplir determina o afastamento, a liberação, e na etimologia da palavra *solutio* surpreende-se vigorosamente essa ideia”.<sup>66</sup>

Ou seja, para Silva, há um elo que surge com a obrigação, ligando as partes com o fim de adimpli-la. Tal relação será encerrada justamente com o adimplemento.

O autor salienta a importância da vontade de adimplir do contratante:

É que na vontade de criar obrigações insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido. Não fora assim, o negócio jurídico não teria as condições mínimas de seriedade que o direito exige. Daí porque, quando alguém vende algo, demonstra, também, nesse preciso momento, a vontade de adimplir o prometido.<sup>67</sup>

Logo, não basta o compromisso nascido com a obrigação, mas também deve estar presente a vontade dos contratantes em cumprir com o pactuado.

A finalidade é essencial ao contrato<sup>68</sup>, de forma que este tem natureza teleológica. A eficácia do negócio realiza-se no plano obrigacional, sendo fase do desenvolvimento da relação tendo como fim o adimplemento<sup>69</sup>.

Para Silva, a obrigação deve seguir no rumo do adimplemento, pois seu desenvolvimento tem o objetivo de satisfazer o interesse do credor.<sup>70</sup>

Princípios gerais condicionam o desenvolvimento da relação obrigacional. São eles, de acordo com o autor, a autonomia da vontade, a boa-fé, as fases de nascimento e desenvolvimento da relação e, por fim, o adimplemento.<sup>71</sup>

Tais princípios são essenciais no estudo do tema. A boa-fé é requisito essencial para a aplicação do adimplemento substancial e será adiante estudada em detalhes.

Já a autonomia da vontade é assim conceituada por Silva:

Entende-se por autonomia da vontade a facultas, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.<sup>72</sup>

---

<sup>66</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 43.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 52-53.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 24.

Ou seja, trata-se da liberdade dos cidadãos de realizarem negócios jurídicos entre si, a fim de possibilitar as relações sociais e comerciais entre as pessoas.

Não há previsão expressa da liberdade de contratar na Constituição Federal, tal interpretação é doutrinária.<sup>73</sup> Branco faz análise sobre a matéria:

Deve ser lembrado que a autonomia privada é um princípio fundamental que faz parte da própria ordem privada, portanto um princípio que também tem proteção constitucional. Porém, essa circunstância não torna a autonomia privada um princípio absoluto, assim como não é absoluto qualquer dos princípios previstos no texto constitucional.<sup>74</sup>

Assim, a autonomia privada pode ser posta em choque com outro princípio, e de tal conflito, analisado no caso concreto, verificar-se-á qual deve ser aplicado.

A liberdade pregada pela autonomia da vontade pode ser limitada. Tal restrição pode vir de legislação ou mesmo desproporção entre as partes.<sup>75</sup> Inclusive diretrizes econômicas podem sustar este poder dos particulares.<sup>76</sup>

Conforme Miragem, a intervenção na autonomia privada com a imposição de condutas, bem como a existência de paradigmas de conduta delimitados pelo Direito, por meio de atuação judicial, é uma das características da abertura do sistema do Direito privado.<sup>77</sup>

Um exemplo de restrição prevista em lei é a do artigo 421<sup>78</sup> do Código Civil. Essa norma é cláusula geral, submetendo todos os contratos ao princípio da função social<sup>79</sup>. As demais disposições que regem o tema seguem o referido artigo como regra de interpretação e integração.<sup>80</sup>

Assim Konder conceitua o instituto:

Afirma-se, assim, que a função social do contrato implica o condicionamento da tutela da liberdade de contratar a interesses da coletividade. Trata-se da proibição de contratos que repercutam negativamente sobre a comunidade e da conservação ou tratamento diferenciado de contratos que repercutam positivamente junto à sociedade.<sup>81</sup>

<sup>73</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 242.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 239-240.

<sup>75</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 26.

<sup>76</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 27.

<sup>77</sup> MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 163.

<sup>78</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>79</sup> BRANCO, *op. cit.*, p. 197.

<sup>80</sup> BRANCO, *op. cit.*, p. 198.

<sup>81</sup> KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principalização" da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, p. 39-59, jul./set. 2017. p. 55.

Ou seja, trata-se do predomínio do coletivo sobre o indivíduo, sendo possível vedação de contratos prejudiciais à comunidade, bem como ao incentivo aos que tragam benefícios à sociedade.

Quanto ao estabelecido no Código Civil Brasileiro, Miragem expõe dois aspectos da interpretação do texto legal do artigo 421: “Primeiro, de que configura um limite à liberdade de contratar; segundo, que apresenta um vínculo orgânico entre o exercício da liberdade/direito subjetivo de contratar e a finalidade social desta prerrogativa”.<sup>82</sup>

Assim, o ordenamento jurídico pátrio estabelece limitação à autonomia privada, bem como visa incluir cada relação individual sob uma análise coletiva.

A função social é tida com um ponto de equilíbrio entre o controle exagerado, com grande intervenção, e o excesso de liberdade do Estado<sup>83</sup>.

A origem do tema no direito brasileiro derivou dos estudos da função social da propriedade, em especial pelo jurista Orlando Gomes.<sup>84</sup> Contudo, não teve trajetória histórica tão longa quanto esta<sup>85</sup>. Sua aplicação foi difundida a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor<sup>86</sup>.

O Código Civil de 2002 deu destaque às cláusulas gerais<sup>87</sup>, entre elas a da função social dos contratos. Esta considerada a mais importante inovação da referida norma na área do Direito dos contratos<sup>88</sup>. De acordo com Branco:

Como regra para a resolução de conflitos da vida privada, a cláusula geral tem uma estrutura que conforma o “contrato” no direito brasileiro, fazendo com que seja compreendido como “instrumento” posto pelo ordenamento à disposição dos particulares para o exercício de um dos elementos centrais da personalidade: a liberdade de regulamentar de maneira autônoma as relações intersubjetivas de caráter econômico. O contrato é disciplinado como instrumento para a realização de parte dos atos reservados à “autonomia privada”, por meio da chamada “liberdade de contratar”, consistente no poder de disciplinar com eficácia jurídica as relações econômicas realizadas entre os particulares, garantindo, com isso, segurança e previsibilidade.<sup>89</sup>

<sup>82</sup> MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176-225, 2007. p. 201.

<sup>83</sup> KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principalização" da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, p. 39-59, jul./set. 2017. p. 47.

<sup>84</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 251.

<sup>85</sup> KONDER, *op. cit.*, p. 46.

<sup>86</sup> MIRAGEM, *op. cit.*, p. 207.

<sup>87</sup> MIRAGEM, *op. cit.*, p. 183.

<sup>88</sup> MIRAGEM, *op. cit.*, p. 199.

<sup>89</sup> BRANCO, *op. cit.*, p. 198.



Prossegue o autor, demonstrando como a cláusula geral de função social molda a autonomia privada buscando o bem comum:

Isso, por consequência, transforma o direito contratual em uma área do direito com importante papel na regulação da vida social, tendo em vista que esse processo de transição do plano fático para o jurídico, com necessidade de obediência aos fins sociais reconhecidos como dignos de tutela jurídica, serve como instrumento sistemático de preenchimento das normas jurídicas, ao mesmo tempo em que serve para conformar o comportamento social e ditar padrões de conduta aos agentes do mercado.<sup>90</sup>

Ou seja, o contrato é uma ferramenta para formalização das obrigações, ajustando pacto entre as partes e gerando direitos e deveres. A cláusula geral de função social prevista no ordenamento jurídico visa regular tais atos, limitando-os, ao moldar a manifestação de vontade dos indivíduos de acordo com uma ideia de fim social.

Para Miragem, deveres relacionados com a boa-fé, como a colaboração, o respeito e a lealdade, bem como a concepção de função social dos contratos, somados à ideia de bons costumes e com o sentido ético das relações humanas daí advindos, este relacionado a uma ideia de moralidade social, não se tratam de limite, mas na verdade do exercício da liberdade de contratar.<sup>91</sup>

De acordo com o jurista, tais cláusulas gerais - função social do contrato, bons costumes e boa-fé – possibilitam a avaliação do contrato, da forma como as partes o conduzem, bem como dos interesses dos contratantes, de terceiros, e até mesmo do interesse público a ser, eventualmente, protegido.<sup>92</sup>

Ainda em relação à autonomia privada, ensina Branco:

A limitação da liberdade de contratar a partir da cláusula geral do artigo 421 atinge a autonomia privada em seus três pontos centrais: liberdade de decidir a respeito da celebração do contrato; liberdade de definição do conteúdo do preceito; e liberdade de escolha do tipo jurídico.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 198.

<sup>91</sup> MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176-225, 2007. p.188.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>93</sup> BRANCO, *op. cit.*, p. 203.

Continua o autor, ao demonstrar a limitação da utilização do instituto: “Por isso, a regra é a prevalência da estipulação contratual, podendo ocorrer a intervenção como forma de recondução funcional do contrato aos fins da autonomia privada”.<sup>94</sup>

Portanto, infere-se que mesmo que a análise do contrato baseada na sua função social questione a total liberdade de negociar, a autonomia privada não é ofendida, pois esse preceito necessita de limites para sua execução de forma justa para ambas as partes. Além disso, é importante inferir da lição de Gerson Branco sobre o tema que a regra é o pacto firmado, devendo ser exceção a intervenção na liberdade de contratar.

Importante frisar que a função social não pode ser extrapolada para além do previsto no Código Civil.<sup>95</sup> Além disso, o instituto não deve ser utilizado como solução para todos problemas, devendo ser respeitado o princípio da autodeterminação das pessoas.<sup>96</sup>

A socialidade e a autonomia privada não necessariamente são ideias opostas.<sup>97</sup> A função social é, no ordenamento jurídico, fundamento da liberdade de contratar, de forma que os contratos tenham um fim relevante em uma ótica social.<sup>98</sup>

Quanto ao sinalagma, para Miragem, a proteção do equilíbrio na relação das partes, bem como a existência de confiança entre os contratantes e a atenção aos efeitos do negócio jurídico para a sociedade são pressupostos da função social do contrato.<sup>99</sup>

Os limites impedem que ocorra um desvirtuamento da finalidade socioeconômica do contrato, evitando desproporção entre as partes.<sup>100</sup> Conforme Miragem<sup>101</sup>, “a função social do contrato introduz as noções de igualdade contratual e, por conseguinte, de equilíbrio contratual”.

Deve-se também levar em consideração quando, além do interesse da coletividade para o negócio jurídico do caso concreto, o contrato trate sobre tema relevante para toda sociedade<sup>102</sup>, como em planos de saúde, por exemplo.

---

<sup>94</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 220.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>99</sup> MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176-225, 2007. p. 177

<sup>100</sup> BRANCO, *op. cit.*, p. 235.

<sup>101</sup> MIRAGEM, *op. cit.*, p. 207.

<sup>102</sup> KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principialização" da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, p. 39-59, jul./set. 2017, p. 56.

Assim analisa Branco, ao utilizar como exemplo a lei 8.245/91: “Ou seja, em leis como a do inquilinato, o legislador reconheceu a necessidade de intervir no direito contratual para que os particulares, ao contratar, respeitem valores que interessam à sociedade e não apenas aqueles que interessam unicamente às partes”.<sup>103</sup>

Trata-se de exemplo de contrato ditado<sup>104</sup>, limitado pelo legislador com o objetivo de proporcionar harmonia e bem comum nas relações privadas.

Konder exemplifica outras aplicações do instituto:

Assim foram suprimidas por violação à função social do contrato condições de reajuste que oneram excessivamente o consumidor, cláusulas impeditivas de restituição do valor pago, negativa de renovação automática de contrato mantido por mais de dez anos, multa excessiva em relação de consumo que afronta os dispositivos consumeristas, dispositivo proibitivo de purgação da mora pelo devedor, cláusula abusiva de renúncia à indenização das benfeitorias, desligamento compulsório de empreendimento cooperativo. Na mesma linha, a possibilidade de revisão judicial dos termos do contrato, quando desequilibrados, encontrou amparo reiteradamente na exigência de atendimento à sua função social.<sup>105</sup>

Ou seja, são diversos os benefícios à sociedade viabilizados pela cláusula geral de função social, inibindo injustiças e proporcionado maior bem-estar geral, ao limitar atitudes que podem ser abusivas nos casos concretos.

Outras virtudes na aplicação da ferramenta, de acordo com Gerson Branco, estão em buscar a estabilidade, a previsibilidade e a segurança jurídica, requisitos essenciais para o proceder dos negócios jurídicos em geral.<sup>106</sup>

Em relação à oponibilidade quanto a terceiros há uma distinção da boa-fé, “pela geração de efeitos a outros sujeitos que não os contratantes (eficácia perante terceiros)”<sup>107</sup>. Assim, explica Branco que os contratos geram efeitos para terceiros, os quais devem respeitar os direitos alheios.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 201.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>105</sup> KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principalização" da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, p. 39-59, jul./set. 2017. p. 49.

<sup>106</sup> BRANCO, *op. cit.*, p. 203.

<sup>107</sup> MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176-225, 2007. p. 196.

<sup>108</sup> BRANCO, *op. cit.*, p. 263.

O julgador deve levar em consideração a função social dos contratos em suas apreciações<sup>109</sup>. De acordo com Miragem:

Neste aspecto, a função social poderá informar o juiz, tanto na identificação da necessidade de conservação do contrato – e a partir disto determinar aos esforços de integração do juiz a finalidade de mantê-lo -, quanto na possibilidade de, em certos casos, promover a revisão dos termos do contrato.<sup>110</sup>

Ou seja, o julgador deve guiar sua decisão pelo princípio da socialidade a fim de obter justiça na intervenção na liberdade de contratar.

Conclui-se que a função social dos contratos é uma limitação à autonomia privada extrema, e seu objetivo é equilibrar as relações das partes, e, inclusive, evitar que a sociedade possa ser prejudicada por condutas indevidas dos contratantes.

Em relação à teoria do adimplemento substancial, pode-se dizer que esta, além do forte elo com a boa-fé objetiva, está fundada também na função social do contrato.<sup>111</sup>

## 2.4 A BOA-FÉ

Um dos principais requisitos para a aplicação do adimplemento substancial é a boa-fé, vista “como norma de inadmissibilidade de exercício de direitos que a contrariem”<sup>112</sup>. Analisar-se-á o instituto brevemente a seguir.

Há grande influência da boa-fé nos mais diversos institutos jurídicos<sup>113</sup>. Em Roma, berço do Direito Civil moderno, os juristas já valorizavam o comportamento ético das partes<sup>114</sup>.

Na atualidade, esse princípio é consagrado em cláusulas gerais nos ordenamentos jurídicos<sup>115</sup>, contribuindo para delimitar o objeto e nortear as partes, fixando os limites da prestação<sup>116</sup>, sendo elemento de transformação jurídica em muitos países<sup>117</sup> ao relativizar a

<sup>109</sup> MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176-225, 2007. p. 197.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>112</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 457.

<sup>113</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 32.

<sup>114</sup> SILVA, *loc. cit.*

<sup>115</sup> SILVA, *loc. cit.*

<sup>116</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 34.

<sup>117</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (org). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 33-58, 1997. p. 33.

autonomia da vontade, base singular para os contratos no passado<sup>118</sup>. Esse instituto cria critérios para atuação do magistrado, não servindo como solução simples para o caso concreto<sup>119</sup>. É poderosa ferramenta, capaz de possibilitar que as mudanças sociais sejam aplicadas pelo juiz<sup>120</sup>, sem necessidade de alteração legislativa constante. Para Clóvis do Couto e Silva:

O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar à do pretor romano, criando o “Direito do caso”.<sup>121</sup>

Isto é, conforme ensina o jurista, tal princípio norteia o rumo da decisão do magistrado ao analisar o caso concreto, podendo este moldar a norma para a melhor e mais justa solução possível.

A boa-fé tem relação próxima com os bons costumes, de forma que o que não se encaixe neste conceito sociológico não pode atender o princípio jurídico<sup>122</sup>. Couto e Silva relaciona-os:

Como ninguém ignora, o limite por excelência do princípio da boa-fé foi, historicamente, o dos bons costumes. Quando não se tinha ainda descoberto as virtualidades do princípio da boa-fé, era ele o único limite ao princípio da autonomia da vontade. Com o volver dos tempos, foi aumentando o âmbito de abrangência do princípio da boa-fé, considerado, agora, de uma forma objetiva, o que permitiu outras aplicações, mais restritivas, ao aludido princípio da liberdade.<sup>123</sup>

Ou seja, historicamente o Direito já buscava limitar condutas indevidas com a noção de bons costumes, o qual evoluiu até chegar à ideia atual de boa-fé.

Não basta a falta do adimplemento para considerar ferida a boa-fé, de forma que se deve avaliar eventual a falta de lealdade e de respeito à esfera jurídica da outra parte<sup>124</sup>.

---

<sup>118</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (org). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 33-58, 1997. p. 34.

<sup>119</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 42.

<sup>120</sup> SILVA, 1997, *op. cit.*, p. 39.

<sup>121</sup> SILVA, 1997, *op. cit.*, p. 42.

<sup>122</sup> SILVA, 2007, *op. cit.*, p. 34.

<sup>123</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé e as condições gerais dos negócios. Em Simpósio sobre as condições gerais dos contratos bancários e a ordem pública e econômica, p. 29-41. Curitiba: Juruá, 1988. p. 30.

<sup>124</sup> SILVA, 2007, *op. cit.*, p. 37.

A sua aplicação deve sempre considerar as circunstâncias do caso concreto.<sup>125</sup> Saliente-se que “também decorre da boa-fé proteção ao equilíbrio da relação jurídica obrigacional”<sup>126</sup>, afinal, o sinalagma sempre deve ser visado em uma relação contratual.

Frise-se que para análise referente ao adimplemento substancial não se aplica a boa-fé subjetiva, a qual é referida como “uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento de próprio direito ou na ignorância de se estar lesando direito alheio”<sup>127</sup>.

Deve-se considerar o conceito de boa-fé objetiva, esta definida por Judith Martins-Costa como:

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.<sup>128</sup>

Prossegue a autora:

A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta com um “princípio geral” ou como uma espécie de panaceia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações.<sup>129</sup>

Isto é, tais preceitos sociais positivos amparam a relação jurídica, regrido a conduta das partes e buscando satisfazer os seus interesses.

Conforme Martins-Costa, a boa-fé objetiva possui três distintas funções<sup>130</sup>: cânone hermenêutico-integrativo do contrato, norma de criação de deveres jurídicos e norma de limitação de direitos subjetivos<sup>131</sup>.

<sup>125</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 412.

<sup>126</sup> MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176-225, 2007. p216

<sup>127</sup> MARTINS-COSTA, *loc. cit.*

<sup>128</sup> MARTINS-COSTA, *loc. cit.*

<sup>129</sup> MARTINS-COSTA, *loc. cit.*

<sup>130</sup> MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 427.

<sup>131</sup> MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 428.

A primeira função serve como “preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes”<sup>132</sup>.

Assim a autora refere-se a esta função e ao comportamento do julgador:

Por esta deve ser compreendido, neste específico campo funcional, o mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato como regulação objetiva, dotado de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar.<sup>133</sup>

Portanto, o magistrado deve ter como objetivo conduzir o contrato ao fim nele previsto, não permitindo desvirtuamento de sua finalidade econômico-social.

A segunda função relaciona-se com os deveres instrumentais, aqueles que não se confundem com as obrigações principais nem as acessórias<sup>134</sup>. Eles visam a positiva realização da finalidade do contrato, bem como proteger as partes e seus bens.<sup>135</sup>

São eles “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”, e se “dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor”<sup>136</sup>. Conforme Martins-Costa, são exemplos os deveres de cuidado e segurança, de aviso e esclarecimento, de informação, de colaboração e cooperação, de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio e de omissão e segredo<sup>137</sup>.

A boa-fé serve como “fonte de integração do conteúdo contratual”<sup>138</sup> ao criar tais deveres. E mais, “têm os deveres instrumentais o escopo de garantir a plena consecução da relação obrigacional, especialmente a contratual”.<sup>139</sup>

Cite-se que não basta o respeito ao pactuado, deve-se primar pela efetuação da conservação do contrato conforme sua estrutura econômica, pois cabe às partes respeitarem não somente as cláusulas estabelecidas no acordo, mas também a relação econômico-social que dele surge. Assim, os deveres criados pela boa-fé refletem o exercício dos direitos previstos no pacto, bem como possibilitam a exigência de seu cumprimento.<sup>140</sup>

---

<sup>132</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 428.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 432.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 437.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 440.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 439.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 439.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 440.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 448.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 443.

Importante salientar, quanto aos deveres instrumentais, que “a sua concretização opera, sempre, conforme a existência, ou não, de determinados pressupostos, verificáveis apenas no caso concreto”.<sup>141</sup>

Judith Martins-Costa assim relaciona a segunda e a terceira funções:

A boa-fé objetiva, por fim, implica na limitação de direitos subjetivos. Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive de direitos formativos.<sup>142</sup>

Assim, quando a boa-fé busca moldar condutas, pode, eventualmente, suprimir direitos. Contudo, o objetivo é contribuir para melhorar a relação das partes para atingir o fim buscado no contrato.

Desta forma, em sua terceira função “apresenta-se boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida”.<sup>143</sup>

Pode-se frisar neste caso a ideia de evitar que “a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte”<sup>144</sup> ou “valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal”<sup>145</sup>.

Conclui-se, assim, que a boa-fé objetiva busca orientar a conduta dos contratantes, tanto nas obrigações principais quanto nas acessórias, de forma que seja possível ao julgador balizar sua decisão em favor de um critério positivo para os negócios jurídicos em geral.

Baseada na boa-fé, conforme já exposto, a aplicação da teoria do adimplemento substancial busca evitar grande prejuízo do devedor, evitando o abuso do direito pelo credor, conforme será adiante estudado.

## 2.5 ABUSO DO DIREITO

Passa-se agora a estudar brevemente a teoria do abuso do direito, outra limitação a direito prevista no ordenamento jurídico.

---

<sup>141</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 449.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 454.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 457.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 461.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 461.



A relação entre a teoria do adimplemento substancial e o abuso do direito é assim demonstrada por Miragem:

Há de se considerar, em relação ao credor, a limitação do direito de resolução, na hipótese de inadimplemento e o consequente exercício abusivo deste direito (sancionado com ineficácia), quando houver hipótese em que exista o adimplemento substancial da prestação pelo devedor.<sup>146</sup>

Ou seja, os dois institutos têm relação, sendo considerado exercício abusivo do direito pleitear a resolução do contrato em que viável o reconhecimento do adimplemento substancial.

O exercício dos direitos deve estar adequado aos limites previstos no ordenamento jurídico<sup>147</sup>. É, portanto, a aplicação do adimplemento substancial ao caso concreto verdadeiro limite ao direito do credor de postular a resolução do contrato.<sup>148</sup>

Assim Miragem conceitua o abuso do direito:

A incidência da cláusula geral do abuso do direito parte do pressuposto que o direito subjetivo, em princípio regular, torna-se irregular pelo exercício desviado, desmesurado, excessivo ou irrefletido do seu titular.<sup>149</sup>

Ou seja, mesmo um direito a princípio legítimo, pode se tornar abusivo pela forma de seu exercício no caso concreto. O tema será analisado na sua origem na Europa e no desenvolvimento no Direito brasileiro.

O instituto do abuso de direito tem origem na França<sup>150</sup>. Surgiu com decisões que condenavam as irregularidades no exercício de direitos<sup>151</sup>.

Entre esses primeiros julgados está o famoso caso das chaminés, no qual um proprietário foi condenado por ter construído tal obra somente para prejudicar seu vizinho, com quem nutria inimizade<sup>152</sup>.

Foi, portanto, o direito de vizinhança que se aproveitou desse novo entendimento, verdadeira limitação ao direito de propriedade<sup>153</sup>.

---

<sup>146</sup> MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 214.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>150</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 670.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 671.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 671.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 674.

De acordo com o jurista português António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, assim era avaliada a aplicação do abuso de direito em sua origem na França:

A admissão do abuso de direito tem sido fundada na necessidade de respeitar os direitos alheios, na violação, pelo titular exercente, de normas éticas, na ocorrência, por parte do mesmo titular, de falta e na não consideração do fim preconizado pela lei, aquando da concessão do direito.<sup>154</sup>

Ou seja, o exercício do direito deve ser efetuado dentro de uma expectativa ética perante a sociedade, sendo abusivo contrariar a finalidade para qual tal direito foi estabelecido.

É, como se vê, de grande abstração tal conceito<sup>155</sup>. Para Cordeiro, “constituído em torno de princípios teóricos gerais, a partir do qual se geram, depois, aplicações várias, por dedução”<sup>156</sup>.

Já os alemães inseriram o instituto na parte geral de seu BGB, podendo esse ser aplicado a diversas áreas do Direito Civil<sup>157</sup>. Tal previsão está presente no parágrafo 226 da referida codificação germânica<sup>158</sup>: “O exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infringir um dano a outrem”.<sup>159</sup>

No Brasil, o abuso de direito está previsto no artigo 187<sup>160</sup> do Código Civil de 2002. Os limites fixados na norma, para Miragem, “permitem a coexistência das esferas jurídicas individuais entre si e em relação ao interesse comum, de preservação e efetividade da ordem jurídica”<sup>161</sup>. Ou seja, a legislação busca a harmonia limitando o exercício abusivo do direito.

Para António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a análise do problema do abuso de direito, enquanto “exercício inadmissível de posições jurídicas, coloca um problema de delimitação das condutas permitidas”<sup>162</sup>, pois, cláusula geral que é, permite uma infinidade de interpretações.

---

<sup>154</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 680-681.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 684.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 684.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 689.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 689.

<sup>159</sup> Disponível em: < [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0679](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0679)>. Acesso em: 13 out. 2018.

<sup>160</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>161</sup> MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 165.

<sup>162</sup> CORDEIRO, *op. cit.*, p. 879.

De acordo com o jurista português, “a necessidade de concretização de proposições altamente abstratas só pode operar no momento de aplicação, impossibilitando-se uma interpretação teórica”<sup>163</sup>. Ou seja, deve ser avaliada com base no caso concreto pelo julgador.

A lição de Miragem vai no mesmo sentido em relação à aplicação do instituto no caso concreto pelo juiz:

A competência para esta limitação, contudo, não pertence ao prejudicado ou a qualquer interessado direto na relação jurídica em que se desenvolve o abuso, senão ao juiz. É ao juiz que é dado conhecer a existência ou não do abuso, permitindo-se sua atuação no sentido de impedir, fazer cessar ou imputar a responsabilidade pelas consequências do comportamento abusivo.<sup>164</sup>

Conclui-se, portanto, as dificuldades de definição objetiva dos parâmetros de aplicação e a necessidade de análise do caso concreto pelo julgador. Aqui uma característica em comum com a teoria do adimplemento substancial.

Necessário, portanto, que o magistrado tenha razoabilidade em sua decisão, pois para o abuso de direito ser caracterizado deve haver manifesto excesso dos limites, conforme ensina Miragem:

Refere o preceito que o ilícito ocorre quando o titular do direito, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites. Este excesso manifesto não caracteriza intensidade (tampouco qualquer referência ao elemento subjetivo da conduta, e.g., dolo ou culpa), senão que a violação dos limites deve apresentar-se de modo claro, expressivo, e não como uma nuance de um exercício de direito que, ainda que possa contrariar interesses alheios, ou mesmo gerar prejuízos, não caracteriza uma ofensa aos limites indicados na norma.<sup>165</sup>

Ou seja, deve-se ter parcimônia na aplicação do abuso do direito, considerando que, assim como o exercício abusivo possa estar relacionado com desavenças, como no caso das chaminés, pode, pelo mesmo motivo, ser o instituto invocado pelo mesmo motivo em casos em que há apenas prejuízo de uma parte.

Portanto, relaciona-se o tema com a teoria do adimplemento substancial na ideia de evitar que a conduta do credor de buscar a resolução do contrato acarrete em ultrapassar o limite razoável para exercício de direito, gerando efeitos graves no devedor.

---

<sup>163</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 879.

<sup>164</sup> MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 163.

<sup>165</sup> MIRAGEM, *loc. cit.*

### 3 A APLICAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Tendo analisado as bases para a teoria, a partir de agora estudar-se-á o tema em si, iniciando pelos seus requisitos.

#### 3.1 AS CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO

O julgador, ao apreciar o caso concreto, deve verificar se a situação em tela é passível de receber a aplicação da teoria do adimplemento substancial para afastar o pedido de resolução.

O adimplemento já realizado deve ser capaz de satisfazer os interesses do credor, sem prejudicar o equilíbrio contratual, o qual seria abalado com a resolução do pacto.<sup>166</sup>

Portanto, o sinalagma contratual será afetado com a resolução, e não com a manutenção do contrato. Para Anelise Becker “se a obrigação foi substancialmente adimplida, o pedido de resolução não trará nenhum benefício legítimo ao credor, apenas prejuízos para o devedor”<sup>167</sup>, já que este teria adimplido grande parte da obrigação e a relação contratual terá de retornar ao estado anterior devido à resolução do pacto.

Nesses casos, é abusivo o direito de resolução<sup>168</sup>. Pois “torna-se um abuso de direito quando exercido de forma que ofende o sentimento de justiça dominante na comunidade social”<sup>169</sup>. Unem-se aqui os institutos do abuso do direito, da função social dos contratos e da boa-fé, já estudados acima.

Para Navas:

Caracterizado o direito de resolver o contrato – ou seja, verificado o inadimplemento absoluto de parte da obrigação, e somente se verificado o inadimplemento absoluto de parte da obrigação – é possível indagar se, diante do inadimplemento de uma parte inexpressiva (inexpressiva porque incapaz de afetar o sinalagma, porque preservadora do fim econômico da contratação, porque, apesar dela, satisfeito substancialmente o interesse do credor), o exercício desse direito se revelará uma opção excessivamente gravosa, injustificada e contrária aos ditames da boa-fé objetiva. Ou seja, apesar de, em tese, haver o direito à resolução, ele seria desproporcional ao fato que o fez surgir, qualificando-se como abusivo seu exercício.<sup>170</sup>

<sup>166</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 65-66.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>168</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

<sup>169</sup> BECKER, *op. cit.* p. 70.

<sup>170</sup> NAVAS, *loc. cit.*

A autora sintetiza a situação que comporta a implementação da teoria, a qual deve ser aplicada em caso de inadimplemento absoluto de parte inexpressiva de obrigação, na qual a resolução do contrato traria prejuízos excessivos.

A teoria do adimplemento substancial “relativiza a aplicação do instituto da resolução”<sup>171</sup> em favor de “de justiça substancial e de equidade”<sup>172</sup>. Assim, evita-se a forte consequência do inadimplemento que é o desfazimento do contrato com efeitos retroativos<sup>173</sup> e “retirando do mundo jurídico e fático um contrato que tinha um fim econômico e social a alcançar – e que ele em grande medida alcançou”<sup>174</sup>.

Quanto à relação com o princípio da boa-fé objetiva, acima estudado, assim ensina Alexandre Junqueira Gomide:

É exatamente o princípio da boa-fé objetiva, pela sua função limitativa de condutas que reside o fundamento da teoria do adimplemento substancial, na medida em que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta injustiça, especialmente naquelas situações em que a quase totalidade do programa obrigacional foi cumprida pelo contratante ou, contrariamente, tendo a outra parte obtido a quase totalidade do proveito que almejava ao contratar.<sup>175</sup>

Ou seja, a aplicação da teoria do adimplemento substancial limita o direito do credor de resolver o contrato em virtude do princípio da boa-fé objetiva vedar condutas que resultem em injustiças no caso concreto.

O princípio da função social do contrato também dá fundamento à teoria do adimplemento substancial<sup>176</sup>, conforme já tratado neste trabalho, limitando o poder de resolução. Junto ao princípio da boa-fé objetiva, também já estudado no capítulo anterior, são base para a aplicação da teoria nos julgados do Superior Tribunal de Justiça.<sup>177</sup>

Assim, conforme já exposto no capítulo anterior, deve-se verificar pelo magistrado se estão presentes os requisitos acima expostos, interpretando o caso concreto baseado nos princípios que baseiam a teoria do adimplemento substancial.

---

<sup>171</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 70.

<sup>172</sup> BECKER, *loc. cit.*

<sup>173</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

<sup>174</sup> NAVAS, *op. cit.*

<sup>175</sup> GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 71-87, jan./mar. 2011.

<sup>176</sup> ZAMPINI, Regina Célia Costa Alvarenga. O Adimplemento Substancial na Alienação Fiduciária Móvel. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Rev. dos Tribunais, v. 18, n. 78, p. 217-240, jun. 2017.

<sup>177</sup> ZAMPINI, *op. cit.*

### 3.2 O CRITÉRIO DA ESCASSA IMPORTÂNCIA

É essencial para a aplicação do Adimplemento Substancial que se estabeleça se o inadimplemento é de escassa importância.<sup>178</sup>

Deve-se avaliar as características do inadimplemento, especialmente sua extensão e sua intensidade na economia contratual para verificar se se trata de falta grave ou apenas tem importância mínima.<sup>179</sup>

Esta análise, para Eduardo Bussatta, deve ser feita no caso concreto, “ponderando os interesses em jogo, a conduta das partes e todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes”<sup>180</sup>. Ou seja, as particularidades da demanda que vão demonstrar se o inadimplemento é ou não considerado irrelevante.

Vai na mesma linha Martins:

É importante delinear exatamente os critérios para se valorar a gravidade do descumprimento, uma vez que se trata de expressão de conteúdo vago e impreciso, que merece atenção especial. Sem esta questão corretamente delineada não se pode averiguar a substancialidade do adimplemento ou, contrariamente, a insignificância do inadimplemento, motivo pelo se entende fundamental levantar todas as características do caso concreto, isto é, a situação de fato ocorrida, os interesses e condutas das partes, assim como todas as demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes.<sup>181</sup>

Assim, tendo em vista ser um critério aberto, a análise detalhada das circunstâncias do contrato se faz necessária para o julgador poder decidir pela aplicação da teoria.

A aplicação da teoria do adimplemento substancial deve partir de concreção<sup>182</sup>. Conforme Becker:

Cabe ao julgador, face às circunstâncias do caso concreto, pesar a gravidade do descumprimento e o grau de satisfação dos interesses do credor. Isto implica em um alargamento dos limites do poder judicial na apreciação do caso concreto, o que, por sua vez, pressupõe uma mudança no próprio método de aplicação do direito, ou seja, a superação do raciocínio lógico-substancial pelo da concreção.<sup>183</sup>

<sup>178</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 107.

<sup>179</sup> BUSSATTA, *loc. cit.*

<sup>180</sup> BUSSATTA, *loc. cit.*

<sup>181</sup> MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substancial das Obrigações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93-94.

<sup>182</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 63.

<sup>183</sup> BECKER, *loc. cit.*

Assim, concorda a autora que o magistrado deve analisar a situação para, depois, verificar se cabe considerar passível a implementação da teoria do adimplemento substancial.

Em virtude de cada negócio jurídico possuir suas peculiaridades, onde há interesses conflitantes, estipular critérios fixos não implicará em sucesso<sup>184</sup>.

Explica Bussatta: “O critério a ser utilizado deve ter em conta a economia do contrato, a globalidade da relação existente e o desequilíbrio ocasionado pelo descumprimento, deixando de lado qualquer valoração subjetiva que o contratante possa fazer do seu interesse”.<sup>185</sup>

Ou seja, devem ser avaliados os critérios de forma objetiva, pois, obviamente, as partes tentarão satisfazer seus interesses.

Deve-se comparar o que foi contratado e o que foi efetivamente realizado, chegando à diferença existente no caso concreto.<sup>186</sup> Descarta-se existir escassa importância se sequer houve adimplemento algum ou mesmo uma pequena parte foi cumprida.<sup>187</sup>

A teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada tanto em caso de falta de qualidade conforme pactuado ou não atingimento da qualidade negociada<sup>188</sup>. É o exemplo da obra construída dentro do especificado, porém com itens de acabamento abaixo do ajustado. É razoável a compensação, sendo exagerada resolução e destruição do edifício. Com isso, importante salientar que a noção de adimplemento substancial não se limita a contratos de financiamento.

Tendo em vista que não há referência legal<sup>189</sup>, o julgador pode adotar o critério quantitativo ou qualitativo em sua apreciação do caso concreto<sup>190</sup>. Para Navas, quanto ao critério quantitativo:

Perquire-se quanto da prestação foi cumprida, em relação à porção que remanesce inadimplida, utilizando-se, em geral, o percentual de adimplemento, que, para ser considerado substancial, normalmente deve superar 80% do total da prestação – o percentual médio, como será visto, depende da natureza do contrato.<sup>191</sup>

---

<sup>184</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 107.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>188</sup> MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substancial das Obrigações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 97.

<sup>189</sup> ZAMPINI, Regina Célia Costa Alvarenga. O Adimplemento Substancial na Alienação Fiduciária Móvel. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Rev. dos Tribunais, v. 18, n. 78, p. 217-240, jun. 2017.

<sup>190</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

<sup>191</sup> NAVAS, *loc. cit.*

Ou seja, trata-se de mero cálculo matemático, sem apreciar as especificidades do caso concreto. E quanto ao critério qualitativo:

Dentre os critérios que podemos denominar qualitativos, pelo seu turno, estão o atingimento do fim econômico do contrato e do interesse do credor, a preservação do sinalagma contratual (o equilíbrio entre prestação e contraprestação), a diligência do devedor, o grau de esforço que a preservação do contrato traria às partes, inclusive para o devedor e a preservação da confiança entre os contratantes, requisito básico principalmente quando se trata de contratos de trato sucessivo.<sup>192</sup>

Essa análise, ao contrário da quantitativa, necessita de um estudo detalhado das circunstâncias do caso.

Predomina na jurisprudência a análise quantitativa, baseada em porcentagem de valor já adimplido<sup>193</sup>. Quando abordados os aspectos qualitativos, o são sem especificação do caso concreto<sup>194</sup>, provavelmente devido a alta carga de processo por magistrado no Poder Judiciário e a necessidade de padronização de decisões<sup>195</sup>.

Dever-se-ia abordar o critério qualitativo, considerando que não é possível estabelecer uma porcentagem para definir a aplicação para todos os casos<sup>196</sup>. Para Gomide, o “adimplemento substancial não pode ser limitar apenas a uma análise puramente matemática”<sup>197</sup>, afinal, tal abordagem pode ser superficial por não avaliar as bases jurídicas da teoria.

O autor considera, inclusive, que se limitar a uma análise quantitativa pode trazer danos aos credores, devido à aplicação em excesso da teoria do adimplemento substancial<sup>198</sup>. Pode-se, com isso, incentivar a inadimplência e a corrida ao judiciário para reconhecimento da aplicação da teoria, como será adiante visto neste trabalho.

Assim, conclui-se a importância da análise detalhada de cada caso, nas suas peculiaridades, ou então a aplicação da teoria do adimplemento substancial poderá acarretar em injustiças.

---

<sup>192</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

<sup>193</sup> GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 71-87, jan./mar. 2011.

<sup>194</sup> NAVAS, *loc. cit.*

<sup>195</sup> NAVAS, *loc. cit.*

<sup>196</sup> GOMIDE, *loc. cit.*

<sup>197</sup> GOMIDE, *loc. cit.*

<sup>198</sup> GOMIDE, *loc. cit.*



### 3.3 A NECESSIDADE DE SATISFAÇÃO DO INTERESSE DO CREDOR

É necessário estabelecer se o interesse do credor foi satisfeito, pois mesmo um inadimplemento mínimo, quantitativamente falando, será grave.<sup>199</sup>

Para Becker:

Se este prejuízo é grave o bastante para furtar seu interesse pela prestação, a hipótese será de inadimplemento fundamental, qualquer que tenha sido o dever não cumprido, com o que, a resolução é legítima face ao desequilíbrio que o incumprimento trouxe à economia do contrato.<sup>200</sup>

Ou seja, a impossibilidade de satisfação do interesse do credor inviabiliza a manutenção do contrato, independentemente da dimensão do inadimplemento face ao total da obrigação. Para Becker, “a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo incumprimento”<sup>201</sup> é o que define se o adimplemento é substancial ou não.

E mais, além da utilidade do contrato, deve-se inclusive ser atendida a expectativa do credor<sup>202</sup>, pois as peculiaridades do caso concreto podem assim requerer. Pois, mesmo que ínfimo o descumprimento, pode ser necessária a resolução por completo desinteresse do credor<sup>203</sup>.

Quanto a isso, inclusive, Anelise Becker propõe um caráter subjetivo: “Aqui se acena para o critério subjetivo segundo o qual é grave o inadimplemento que, acaso previsto pelo credor por hora da celebração do contrato, desestimular-lhe-ia a contratação”.<sup>204</sup>

Essa ideia poderia gerar grande complexidade para o julgador, contudo, ela parece razoável ao considerar que poderia ocorrer quebra no equilíbrio contratual ao obrigar o credor a receber prestação que não lhe era atraente quando da celebração do pacto.

Conforme Martins:

O ponto central neste assunto é verificar o interesse objetivo das partes em receber a prestação parcial, sem o qual não se poderá configurar o Adimplemento Substancial. Ademais, deve-se atentar ao programa contratual como um todo, sua natureza, suas

---

<sup>199</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 112.

<sup>200</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 67.

<sup>201</sup> BECKER, *loc. cit.*

<sup>202</sup> BECKER, *op. cit.*, p. 64.

<sup>203</sup> BECKER, *op. cit.*, p. 64.

<sup>204</sup> BECKER, *op. cit.*, p. 64.

cláusulas, bem como as consequências que o inadimplemento acarreta na economia do contrato.<sup>205</sup>

Com ele concorda Anelise Becker, para quem “a avaliação da insignificância dos defeitos ou omissões deve ter por referência o contrato como um todo, e não as suas partes consideradas isoladamente”<sup>206</sup>. Tal abordagem proposta pelos autores, frise-se, demandaria também uma análise detalhada em seu julgamento, mas levaria provavelmente a decisões mais justas.

As consequências para a sociedade são levadas em consideração pelas normas que autorizam os negócios jurídicos.<sup>207</sup> Assim, para Eduardo Bussatta, “pode-se concluir que a causa ou razão determinante do negócio jurídico identifica-se com a função econômico-social do contrato”<sup>208</sup>.

Segundo o autor:

Trazendo essa noção de causa à avaliação da significância do inadimplemento, pode-se afirmar que haverá inadimplemento de escassa importância quando, não obstante a lesão ao direito do credor, o contrato mantém a sua função econômico-social, o que significa dizer, o resultado prático perseguido pelas partes, em que pese o inadimplemento ocorrido, efetivamente se realiza.<sup>209</sup>

Ou seja, deve ser avaliado se os efeitos causados pelo inadimplemento afetam negativamente o que foi pactuado.

Em uma visão negativa, se não mantida a utilidade do contrato para o credor, considera-se importante o não cumprimento da obrigação.<sup>210</sup>

A referida utilidade deve ser medida objetivamente, levando-se em consideração a “finalidade típica de ordem prática que o direito considera relevante”<sup>211</sup>. Evita-se, dessa forma, que o credor tenha o poder de avaliar este critério unilateralmente, o que fatalmente resultaria em abusos.

---

<sup>205</sup> MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substancial das Obrigações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94.

<sup>206</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 63.

<sup>207</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 115.

Fica a cargo do juiz tal análise, devendo o magistrado considerar as circunstâncias importantes no caso concreto, como o tipo de obrigação, o comportamento dos contratantes e o abalo ao sinalagma.<sup>212</sup>

Assim sintetiza Bussatta:

Em síntese, a valoração do inadimplemento deve levar em consideração o caso concreto em si e, partindo de um juízo de aproximação entre o programa contratual e o conteúdo da prestação realizada pelo devedor, verificar se tal conteúdo, ainda que inexato, perfaz a função econômico-social do contrato, o que importa dizer, satisfaz a utilidade normal da prestação.<sup>213</sup>

Logo, cabe ao julgador apreciar, no caso concreto, se o interesse do credor foi ou não atendido pela parte adimplida da obrigação, baseando-se, sempre, nas bases jurídicas da teoria do adimplemento substancial para sua interpretação.

### 3.4 CARACTERÍSTICAS DO INADIMPLEMENTO

Estudar-se-á a seguir qual a influência das características do inadimplemento na aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Para Bussatta, mesmo que o inadimplemento seja doloso, não há obstáculo para a aplicação da teoria do adimplemento substancial<sup>214</sup>, com essa situação influenciando apenas eventual indenização<sup>215</sup>. Caso o inadimplemento seja grave, mesmo que oriundo de caso fortuito ou força maior, o instituto não se aplicaria<sup>216</sup>.

Já Anelise Becker defende a necessidade do atendimento ao princípio da boa-fé objetiva por ambas as partes<sup>217</sup>, de forma que é imprescindível o dever de diligência do devedor para o reconhecimento do adimplemento substancial<sup>218</sup>.

---

<sup>212</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 115.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>217</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993. p. 64.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 65.

Para Bussatta, mesmo o inadimplemento parcial é compatível com o adimplemento substancial, por não considerar a gravidade do fato relevante para a aplicação do instituto.<sup>219</sup>

Diverge do autor Navas:

Outra corrente, que entendemos ser mais consentânea com a conformação legal da inexecução obrigacional no Direito brasileiro, capitaneada por Araken de Assis, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Gabriel Rocha Furtado, entende que o campo de aplicação da teoria do Adimplemento Substancial se restringe ao do inadimplemento absoluto, eis que somente nessa hipótese o credor possui direito à resolução.<sup>220</sup>

Aqui uma questão interessante, pois a teoria poderia ser aplicada mesmo em casos de inadimplemento parcial, no qual seria viável purgar a mora.

Quanto ao pagamento parcial, para Bussatta:

Ainda que não esteja o credor obrigado a receber por partes, se não houve contratação nesse sentido, ou, de acordo com a boa-fé objetiva, mesmo que se considere abusiva a recusa do pagamento parcial, é certo que em muitas circunstâncias de ordem prática o recebimento da prestação parcial satisfaz os interesses objetivos do credor e mantém o fim contratual, de forma que o contrato deve ser mantido, não se admitindo, por via de consequência, o pleito resolutório.<sup>221</sup>

Esse tipo de situação ocorre nos casos de obrigação de dar em dinheiro<sup>222</sup>. Afinal, se foi paga quantia substancial, restará apenas concluir a pequena parte faltante, sendo mantida a função do negócio e a utilidade ao credor, já que, inclusive, eventual indenização será efetuada em pecúnia.<sup>223</sup>

Assim, “toda vez que que a prestação em dinheiro, ainda que inexata, aproximar-se do valor efetivamente devido, haverá inadimplemento de escassa importância”<sup>224</sup>. Ou seja, entende-se que resolver o contrato que de qualquer forma acarretaria em pagamento em dinheiro configura medida gravosa, sendo razoável indenizar posteriormente a parte faltante, com os acréscimos legais pelo atraso.

Nesses casos, já foi considerado como inadimplemento de escassa importância saldo inferior a 20% do total da dívida<sup>225</sup>.

<sup>219</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 118.

<sup>220</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

<sup>221</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 119.

<sup>222</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 119.

<sup>223</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 119.

<sup>224</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 120.

<sup>225</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 121.

Sustenta Bussatta que todos os casos de resolução por inadimplemento de prestação pecuniária devem ser analisados levando em consideração a teoria do adimplemento substancial.<sup>226</sup>

Já Martins assim se manifesta:

As disposições contidas na legislação brasileira que autorizam a resolução dos contratos deverão ser necessariamente orientadas pela teoria do adimplemento substancial, em razão de esta ter sua concretude baseada nos princípios fundantes do sistema jurídica pátrio, tais como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.<sup>227</sup>

Para o referido autor, todas as modalidades de obrigações que são compatíveis com prestação divisível admitem a vedação da resolução em caso de adimplemento substancial<sup>228</sup>. Em seu livro, exemplifica a situação com caso do empreiteiro que deixou de cumprir com detalhes do acabamento de obra<sup>229</sup>.

Nesse caso, clara situação de inexatidão qualitativa, deve-se analisar a gravidade do inadimplemento, verificando se satisfaz os interesses do credor de forma objetiva, a fim de evitar injustiças.<sup>230</sup>

Quanto às prestações acessórias, assim ensina Bussatta: “Pode ocorrer, além disso, que a prestação principal tenha sido realizada integralmente, restando somente não cumprido um dever acessório ou lateral, o que impede que o credor retire efetivamente a utilidade da prestação principal”.<sup>231</sup>

Ou seja, não basta ter olhos apenas para a prestação principal, pois esta pode ser severamente prejudicada, ou mesmo tornada inútil, se houver inadimplemento de prestação acessória.

A gravidade do inadimplemento da prestação acessória não deve ser levada em consideração, mas sim os efeitos gerados na obrigação principal e no contrato em si. Daí se retira se cabe ou não a resolução do contrato.<sup>232</sup>

---

<sup>226</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 121.

<sup>227</sup> MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substancial das Obrigações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>231</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 112.

<sup>232</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 126.

Assim, será grave descumprimento de obrigação acessória que acarrete descumprimento da principal, autorizando o desfazimento do contrato<sup>233</sup>. Bem como se aquela for essencial para esta<sup>234</sup>, como, por exemplo, o promitente vendedor que não fornece a documentação requerida para o registro no cartório de imóveis.

Conforme Martins:

Em última análise, em todas as situações em que o incumprimento de uma prestação acessória atingir e macular de forma grave a economia contratual, desequilibrar o sinalagma funcional e a função econômica do contrato, não será viável a aplicação da teoria do adimplemento substancial.<sup>235</sup>

Conclui-se então que, além da fração já adimplida em relação ao total da obrigação, tais fatores não podem estar presentes, devendo o julgador analisar a situação além da porcentagem da dívida satisfeita.

O atraso no adimplemento pode retirar a utilidade do contrato para o credor, cabendo resolução<sup>236</sup>. Como, por exemplo, empresa aérea que gera atraso no voo e faz o passageiro chegar ao destino após compromisso, tornando o transporte com atraso inútil para o cliente.

Contudo, não sendo o prazo essencial para o negócio jurídico, poderá o devedor purgar a mora<sup>237</sup>, desde que em espaço razoável de tempo<sup>238</sup>. Para Bárbara Gomes Navas, é requisito que a purgação da mora seja impossível ou inútil<sup>239</sup>.

Já em relação a aplicação da teoria do adimplemento substancial em caso de atraso, assim ensina Bussatta:

À luz da teoria do Adimplemento Substancial, será considerado grave o inadimplemento que consistir num prolongamento da inatividade do devedor ou a não-realização da prestação devida no prazo suplementar concedido pelo credor. Isso em razão de que, em ambas as hipóteses, presume-se a vontade do devedor em descumprir o pactuado, causando danos ao credor.<sup>240</sup>

Nesse caso, estaria o comportamento do devedor indicando sua falta de interesse em adimplir o contrato.

---

<sup>233</sup> MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substancial das Obrigações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104.

<sup>234</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 126.

<sup>235</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 105.

<sup>236</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 128.

<sup>237</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 105.

<sup>238</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 106.

<sup>239</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

<sup>240</sup> BUSSATTA, *op. cit.*, p. 128.

Em relação à questão de enriquecimento sem causa do devedor, o devedor não poderá enriquecer em virtude de pagar quantia menor do que a estabelecida ao credor, devendo compensar este por perdas e danos.<sup>241</sup>

Já Anelise Becker considera a teoria do adimplemento substancial uma proteção ao devedor do enriquecimento sem causa do credor:

Na verdade, por não permitir que um dos contratantes se beneficie de uma ligeira desconformidade entre a prestação e o contratado para pretender considerá-la um pagamento parcial, passível de recusa, autorizando-o, portanto, a não executar suas próprias obrigações, a doutrina do adimplemento substancial é uma forma de prevenção ao enriquecimento ilícito.<sup>242</sup>

Infere-se que o instituto visa evitar injustiças pelo abuso do direito do credor, sem, contudo, causar enriquecimento injusto de qualquer das partes.

Existindo cláusula de resolução estabelecida, Navas traz duas soluções. Sendo cláusula genérica, considera viável a aplicação da teoria do adimplemento substancial<sup>243</sup>. Ao contrário, o instituto não seria passível de consideração<sup>244</sup>. A autora diferencia as situações entre as cláusulas resolutivas “de estilo” e as que são específicas nas situações nas quais os contratantes entenderam que o contrato deveria ser desfeito<sup>245</sup>.

Explica a autora:

A partir dessa distinção, não se cogitaria da aplicação da teoria do adimplemento substancial na hipótese de haver cláusula resolutiva expressa devidamente fundamentada, que não seja de mero estilo, já que a cláusula corresponderia a um reconhecimento prévio da frustração do fim contratual pelo descumprimento nela tratado, podendo-se, por outro lado, aplicar a teoria, desde que presentes os demais pressupostos, quando se cuidasse de cláusula resolutiva “vazia”, genérica.<sup>246</sup>

Ou seja, para Navas, as partes poderiam estabelecer no contrato situações resolutivas que impediriam demandar para rever tais cláusulas e reconhecer a ocorrência de adimplemento substancial.

---

<sup>241</sup> MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substancial das Obrigações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99.

<sup>242</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov.1993. p. 63.

<sup>243</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

<sup>244</sup> NAVAS, *loc. cit.*

<sup>245</sup> NAVAS, *loc. cit.*

<sup>246</sup> NAVAS, *loc. cit.*

Conclui-se a partir do que foi estudado que deve ser analisado também o inadimplemento em si, já que, conforme este estiver caracterizado no caso concreto, pode ser inviabilizada a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

### 3.5 EFEITOS DA APLICAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Tendo o julgador decidido aplicar a teoria do adimplemento substancial, este gerará efeitos no negócio jurídico, alterando a forma como este foi pactuado originalmente. Suas consequências serão estudadas adiante.

Com relação ao princípio da segurança jurídica ser violado pelo reconhecimento do adimplemento substancial, assim explica Gomide:

A resposta, em nossa opinião, é não. Se por um lado alguns poderiam afirmar que a teoria obsta a resolução dos contratos, este argumento não prospera se nos atentarmos aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Admitir-se a resolução, nesses casos, importaria rompimento a tais princípios, abalando, ainda, a própria segurança jurídica. Ferir a função social dos contratos e a boa-fé objetiva também significa inadimplemento do contrato.<sup>247</sup>

Assim, o autor considera violação a tão caro princípio a resolução indevida quando cabível o reconhecimento do adimplemento substancial. Tal teoria, além da segurança jurídica, também prestigia o princípio da manutenção dos contratos.<sup>248</sup>

Quanto aos efeitos da aplicação da teoria do adimplemento substancial, “eventuais diferenças serão remediadas através de indenização”<sup>249</sup>. Logo, o credor será ressarcido das perdas e danos pelo adimplemento parcial<sup>250</sup>.

Tal reparação não está limitada pela diferença do valor pago em relação ao total da dívida, devendo-se incluir as despesas advindas do inadimplemento<sup>251</sup>.

---

<sup>247</sup> GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 71-87, jan./mar. 2011. p. 8.

<sup>248</sup> GOMIDE, *loc. cit.*

<sup>249</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov.1993. p. 66.

<sup>250</sup> BECKER, *loc. cit.*

<sup>251</sup> BECKER, *loc. cit.*



Para Becker, quanto à eventual possibilidade de cumprimento da obrigação original: “cabe ao credor, independentemente do ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão do cumprimento inexato, o pedido de adimplemento da parte faltante, se tal for possível”.<sup>252</sup>

Cabe ao credor, portanto, reconhecido o adimplemento substancial no caso, a integralidade de seu crédito via ressarcimento em perdas e danos, como já explanado, o abatimento proporcional da sua prestação, se viável e executar a obrigação, se ainda possível.<sup>253</sup>

Em termos processuais, cabe ao devedor provar que o interesse do credor está satisfeito<sup>254</sup> mesmo com o inadimplemento, salvo circunstâncias específicas do caso concreto que invertam o ônus da prova.<sup>255</sup>

Portanto, conclui-se que a aplicação da teoria do adimplemento substancial deve levar em consideração a análise detalhada e criteriosa de seus requisitos pelo julgador, bem como se o caso concreto comporta o tema, tendo como efeitos uma mudança no pactuado no contrato a fim de buscar o equilíbrio dos negócios jurídicos que, mesmo que não totalmente adimplidos, possam ser mantidos.

Logo, devem ser mantidos os contratos que atendam aos requisitos de reconhecimento da teoria, cabendo às partes indenização conforme o prejuízo causado pelo inadimplemento, sem, contudo, a aplicação severa da retroatividade que a resolução do contrato acarretaria.

---

<sup>252</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov.1993. p. 66.

<sup>253</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

<sup>254</sup> MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substancial das Obrigações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

<sup>255</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 124.

## **4 A APLICAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA**

Tendo-se estudado a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos em geral, passa-se agora a analisar sua compatibilidade com a alienação fiduciária em garantia. Antes, entretanto, este instituto será visto nas suas peculiaridades.

### **4.1 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA**

Passa-se agora a estudar brevemente a alienação fiduciária em garantia. Para facilitar a compreensão, primeiramente analisar-se-á a origem do instituto, estudando-se a sua base legal, o seu conceito e o seu formato. Logo após, serão expostas as características de aplicação e os efeitos do negócio jurídico na prática no mercado.

#### **4.1.1 Origem, conceito e formato jurídico da alienação fiduciária em garantia**

A alienação fiduciária em garantia foi criada no Brasil com o objetivo de incentivar a venda de bens por meio de financiamentos<sup>256</sup>. Sua principal aplicação é no mercado de consumo, quando o comprador necessita parcelar o valor do bem<sup>257</sup>.

Surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 4.728/1965, alterada pelo Decreto Lei 911/1969 (além de outras reformas durante os anos, como a Lei 13.043/2014, por exemplo), no caso de bens móveis. Quanto a bens imóveis, de qualquer tipo<sup>258</sup>, foi instituída pela lei 9514/1997<sup>259</sup>. Há previsão também no Código Civil de 2002, a partir do artigo 1.361.

Assim Gomes conceitua o tema:

Em sentido lato, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição.<sup>260</sup>

---

<sup>256</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 164.

<sup>257</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 161.

<sup>258</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais - estudo e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 4.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>260</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 18.

Para Chalhub: “a alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa, denominada fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, denominado fiduciário, da propriedade resolúvel de determinado bem”.<sup>261</sup>

Os termos utilizados nesses conceitos serão estudados adiante, bem como as peculiaridades deste negócio jurídico essencial no mercado brasileiro da atualidade.

A alienação fiduciária é uma relação complexa, afetando o direito de propriedade e a posse<sup>262</sup>.

Essa relação jurídica tem como sujeitos o fiduciante, o qual é o consumidor do crédito para aquisição da coisa, e o fiduciário, que representa a instituição financeira que fornece o empréstimo e recebe a propriedade do bem em garantia.<sup>263</sup> Apesar de geralmente o negócio ser realizado por tal ente bancário, desde a entrada em vigor do Código Civil, qualquer pessoa pode ser fiduciária nesta modalidade contratual<sup>264</sup>.

Além desta relação, há a compra e venda que origina o negócio jurídico, pois geralmente o contrato de alienação fiduciária está vinculado a um de empréstimo<sup>265</sup>. Assim, há 3 partes relacionadas<sup>266</sup>. O comprador celebra com o financiador o contrato de alienação fiduciária, no qual esse entrega àquele o valor a ser transferido ao vendedor<sup>267</sup>. Chalhub descreve didaticamente essa complexidade de atos jurídicos:

Articulam-se nessa operação os contratos de compra e venda (vendedor e comprador), de financiamento (financiador e comprador devedor) e de garantia (devedor fiduciante e financiador credor fiduciário). O financiador celebra com o comprador um contrato de financiamento para aquisição do bem, por efeito do qual entrega ao vendedor, em nome do comprador, a quantia correspondente ao preço, no todo ou em parte; o comprador, por sua vez, já tendo obtido o financiamento, celebra com o vendedor a compra e venda e se apossa do bem, para imediata fruição, pagando o preço, no todo ou em parte, com os recursos do financiamento que obteve do financiador; na sequência, o comprador transmite ao financiador a propriedade fiduciária do bem adquirido, para garantia do financiamento, mas conserva consigo a posse e a fruição do bem.<sup>268</sup>

Verifica-se na explicação de Chalhub a complexidade de atos necessários para a constituição da alienação fiduciária. É o caso da maioria dos financiamentos de veículos no Brasil, nos quais o comprador, precisando de um empréstimo para sua aquisição, contrata junto

<sup>261</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais - estudo e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 69.

<sup>262</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 22.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>264</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 164.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 161

<sup>267</sup> CHALHUB, 2012, *op. cit.*, p. 83.

<sup>268</sup> CHALHUB, 2012, *op. cit.*, p. 83.

com uma financeira e a ela transmite a propriedade do bem em garantia, pagando o mútuo em prestações mensais, com juros. Enquanto isso, o vendedor recebe o valor integral à vista.

O fiduciante deve ser capaz, proprietário do bem e ter poder de disposição.<sup>269</sup> Tal disposição é temporária<sup>270</sup>, como se verá adiante. Ele também tem o poder de restituição contra quem estiver na posse da coisa<sup>271</sup>, pois na alienação fiduciária tal pretensão tem natureza real<sup>272</sup>. Já a instituição financeira não adquire, plena e definitivamente, a propriedade, pois tem a obrigação de restituição<sup>273</sup>, como também será detalhado a seguir.

Tratando-se de contrato típico<sup>274</sup>, não é possível pactuar de forma diferente do estabelecido em lei, pois não há autonomia das partes nesse sentido já que os requisitos da alienação fiduciária são essenciais para sua execução.<sup>275</sup>

Quanto ao objeto contratual, este deve ser coisa individualizada, e mais, deve ser bem durável<sup>276</sup>, e, como citado acima, há legislação específica para bens móveis e para bens imóveis.

A propriedade fiduciária será constituída com a realização dos procedimentos legais no contrato no registro competente<sup>277</sup>. Se bem móvel, no Registro de Títulos e Documentos no domicílio do devedor. Para veículos tal inscrição deve ser realizada no Departamento Estadual de Trânsito, competente para licenciá-los<sup>278</sup>. Se imóvel, será realizada averbação no Registro de Imóveis<sup>279</sup>.

O registro garante eficácia contra terceiros, e por isso amplia a segurança jurídica do negócio. Com tal ato, o bem fica protegido da insolvência de qualquer das partes<sup>280</sup>.

Conforme Orlando Gomes, a confiança é predicado essencial do instituto, pois, perante a sociedade, o fiduciante aparenta ser o proprietário. E mais, deve agir para manter o valor do bem, considerando que sua deterioração afetará seu valor, afetando sua condição de garantia da dívida.<sup>281</sup>

---

<sup>269</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 54.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>274</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais - estudo e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 111.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>276</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 57.

<sup>277</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 158.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>281</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 19.

E é com finalidade de garantir dívida que ocorre a aplicação da alienação fiduciária<sup>282</sup>, trata-se de verdadeiro negócio de garantia<sup>283</sup>. A relação entre as partes depende da confiança para sua realização efetiva, pois o fiduciante confia que o adimplemento da dívida lhe retornará a propriedade e o fiduciário que terá seu crédito satisfeito<sup>284</sup>. Tal negócio jurídico foi estabelecido para possibilitar a certeza de satisfação do direito do credor<sup>285</sup>.

Orlando Gomes ressalta a pretensão restitutória do fiduciante, ou seja, a restituição pelo fiduciário da propriedade da coisa se implementada a condição para tal, a qual é o pagamento total da obrigação<sup>286</sup>. Trata-se de direito expectativo<sup>287</sup>. A natureza desta pretensão é de Direito real.<sup>288</sup>

O autor nomeia essa característica como fim fiducial<sup>289</sup>. A transferência da propriedade do bem serve para garantir o pagamento do débito. O autor chama esse ato de transmissão fiduciária<sup>290</sup>. Tendo sido este quitado, a propriedade da coisa retorna ao fiduciante<sup>291</sup>.

Gomes compara o instituto com outras ferramentas do Direito das Coisas, como o penhor, a caução, a anticrese e a hipoteca. Nesses casos, o devedor permanece proprietário da coisa dada em garantia, já na alienação fiduciária a propriedade é transferida ao credor<sup>292</sup>. Nesses institutos o credor tem como garantia coisa alheia, enquanto no tema aqui tratado tem como garantia coisa própria.<sup>293</sup>

Em comum com tais direitos pignoratícios, a coisa dada em garantia deve ser vendida, sendo vedado o pacto comissório<sup>294</sup>.

A alienação fiduciária em garantia não deve ser confundida com a venda com reserva de domínio, pois nesta o bem permanece no patrimônio do vendedor enquanto serve como garantia<sup>295</sup>.

Os benefícios da alienação fiduciária são diversos, como leciona Chalhub:

---

<sup>282</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 20.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>287</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais - estudo e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 8.

<sup>288</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 22.

<sup>289</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 21.

<sup>290</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 74.

<sup>291</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 21.

<sup>292</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 21.

<sup>293</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 156.

<sup>294</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 21.

<sup>295</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 28.

A garantia fiduciária é incomparavelmente mais eficaz do que as garantias tradicionais: primeiro, exclui o bem objeto a garantia do patrimônio do devedor e aloca num compartimento separado do patrimônio do credor, blindando-o com a incomunicabilidade e afastando-o do risco de constrição por parte de qualquer outro credor e do concurso de credores, e, segundo, simplifica e torna célere a realização da garantia, pois, em caso de mora ou inadimplemento do devedor, atribui ao credor a venda do bem objeto da garantia para resgate da dívida com o produto da venda.<sup>296</sup>

O autor demonstra os benefícios e a utilidade do instituto em relação às demais ferramentas previstas no ordenamento jurídico, facilitando a disponibilização de financiamentos no mercado.

Assim, conclui-se que o tema, criado para facilitar a distribuição de crédito, possui diversas peculiaridades. Sua estrutura teórica comporta especial foco na confiança, pois ocorre transmissão de propriedade e manutenção de posse, devendo ambas as partes colaborarem para o correto desenrolar do contrato.

#### **4.1.2 O contrato de alienação fiduciária em garantia e sua efetivação**

Expostas as noções acerca do conteúdo do negócio jurídico, passa-se agora a analisar a sua aplicação, compreendendo os direitos e deveres das partes e os efeitos da execução do contrato até a forma de sua extinção.

O instituto será analisado em seus termos gerais, sendo expostas as diferenças entre as regras para bens móveis e imóveis quando existirem.

Cabe ao fiduciante a manutenção da coisa, com o pagamento de todas despesas inerentes à propriedade, bem como a reparação dos danos que sua utilização possa causar<sup>297</sup>, tendo inclusive de pagar todos os impostos e taxas<sup>298</sup>, como por exemplo, IPTU e contribuições condominiais para bens imóveis ou IPVA e seguro obrigatório para um veículo.

Ou seja, é de responsabilidade do possuidor manter o bem, assim como arcar com os custos de sua propriedade, mesmo que esta esteja nas mãos do fiduciário.

A propriedade resolúvel é elemento essencial da alienação fiduciária em garantia. Assim Gomes explica essa característica do instituto:

O fiduciário passa a ser dono dos bens alienados pelo fiduciante. Adquire, por conseguinte, a propriedade desses bens, mas, como no próprio título de constituição desse direito, está estabelecida a causa de sua extinção, seu titular tem apenas

---

<sup>296</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais - estudo e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 83.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 6.

propriedade restrita e resolúvel. O fiduciário não é proprietário pleno, senão titular de um direito sob condição resolutiva.<sup>299</sup>

Essa característica da propriedade do fiduciário é marcante para a alienação fiduciária, pois todo o negócio jurídico depende dessa ideia.

A propriedade resolúvel terá por termo o adimplemento da obrigação por parte do fiduciante, sendo o pagamento a condição resolutiva.<sup>300</sup> Ou seja, trata-se de propriedade limitada, com restrição temporal<sup>301</sup>.

Já as peculiaridades próprias da alienação fiduciária são assim explicadas por Gomes:

A alienação fiduciária em garantia é negócio jurídico consistente na transmissão de propriedade, limitada por uma relação obrigacional que distorce o fim natural do contrato translativo. A alienação é meio para alcançar o fim da garantia. Desnaturaliza-se, porque se destina a um fim menor do que decorre de sua causa e constitui uma propriedade temporária. Na formação desse negócio jurídico, conjugam-se dois vínculos: O de transmissão da propriedade e o do seu retorno ao patrimônio do transmitente.<sup>302</sup>

Ou seja, é um instituto que, com o fim de servir de garantia de dívida, utiliza-se de uma transferência patrimonial. Contudo, não permite ao fiduciário exercer todos os direitos de propriedade, pois esta deve retornar ao fiduciante imediatamente após o pagamento total da dívida.

De acordo com Gomes, “a transmissão fiduciária não implica aquisição de propriedade irrestrita e perpétua”<sup>303</sup>. Ou seja, tal ato não se confunde com uma venda<sup>304</sup>. A posse não é transmitida pelo fiduciante, mantendo-a após a cessão da propriedade<sup>305</sup>.

Ou seja, o fiduciante possuía a posse e a propriedade do bem, e com a efetivação do negócio jurídico, passa a ter posse direta sem, contudo, a propriedade da coisa<sup>306</sup>. Em caso de bem imóvel, com o registro do contrato de alienação fiduciária, a posse direta fica com o fiduciante e a posse indireta com o fiduciário em virtude do desdobramento da posse<sup>307</sup>. Aquele, inclusive, pode alugar o imóvel sem a necessidade de autorização do credor<sup>308</sup>.

---

<sup>299</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 22.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>305</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>307</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais - estudo e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 5.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 6.

E essa propriedade sob condição resolutiva do fiduciário convive com a do fiduciante, que é proprietário sob condição suspensiva<sup>309</sup>. Esta é, para Gomes, “simples expectativa de direito, a ser convertida em direito adquirido tão logo pague a dívida”<sup>310</sup>.

Efetuada o pagamento total da dívida, automaticamente a propriedade retorna do fiduciário para o fiduciante<sup>311</sup>. Adimplida a obrigação, e implementada, assim, a condição resolutiva, os efeitos são *ex tunc*, ou seja, operam de forma retroativa<sup>312</sup>, com o contrato de alienação fiduciária tendo seus efeitos extintos<sup>313</sup>.

Em caso de bem imóvel, será feita averbação no órgão competente, ou seja, será retirado o registro relativo à alienação fiduciária, mantendo o registro de propriedade do fiduciante. Para tal ato, será fornecido termo de quitação pela instituição financeira<sup>314</sup>. O mesmo ocorre para os bens móveis<sup>315</sup>.

É dever do fiduciário restituir a coisa, sendo esta automática após o pagamento da dívida<sup>316</sup>. Essa circunstância, aliada ao caráter real do negócio jurídico, oferece maior segurança ao fiduciante<sup>317</sup>.

Se caracterizada a mora, seus efeitos são a obrigação de indenizar por perdas e danos e o ônus de suportar os riscos<sup>318</sup>. A alienação fiduciária de bens móveis caracteriza-se pelo vencimento das demais prestações se alguma delas não for adimplida<sup>319</sup>. No caso de bens imóveis, deve ser aberto prazo ao fiduciante para purgar a mora<sup>320</sup>, notificando pessoalmente o devedor, exceto se este estiver em lugar incerto e não sabido, oportunidade na qual será notificado por edital<sup>321</sup>. Tendo em vista que uma interrupção nos pagamentos não fere a substância do contrato nem extingue a utilidade da prestação<sup>322</sup>, a purga da mora convalesce o contrato de alienação fiduciária e devem ser pagas as demais prestações conforme pactuado<sup>323</sup>.

---

<sup>309</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 39.

<sup>310</sup> GOMES, *loc. cit.*

<sup>311</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais - estudo e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 9.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>313</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 40.

<sup>314</sup> CHALHUB, 2012, *op. cit.*, p. 11.

<sup>315</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 172.

<sup>316</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 41.

<sup>317</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 48.

<sup>318</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 102.

<sup>319</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 103.

<sup>320</sup> CHALHUB, 2012, *op. cit.*, p. 11.

<sup>321</sup> CHALHUB, 2012, *op. cit.*, p. 24.

<sup>322</sup> CHALHUB, 2012, *op. cit.*, p. 123.

<sup>323</sup> CHALHUB, 2012, *op. cit.*, p. 24.



Não havendo o pagamento, ocorre a consolidação da propriedade para o fiduciário<sup>324</sup>. Orlando Gomes considera justa tal regra, considerando quebra da confiança tal falta de pagamento<sup>325</sup>. Já Chalhub entende que tal medida é excepcional, restando como solução somente se o atraso não permitir o retorno do normal andamento do contrato<sup>326</sup>.

Em caso de inadimplemento, o fiduciário adquire a posse da coisa, devendo buscá-la junto ao fiduciante, podendo para isso fazer uso dos instrumentos processuais possessórios<sup>327</sup>. No caso de bem móvel, ao credor é garantida a ação de busca e apreensão<sup>328</sup>, tendo o devedor 5 dias após a liminar para purgar a mora<sup>329</sup>. No caso de bem imóvel, a Lei 9.514/1997 prevê o prazo de 60 dias para desocupação<sup>330</sup>.

É dever do fiduciário vender a coisa objeto da garantia<sup>331</sup>. Essa venda tem como objetivo a satisfação do crédito principal, bem como dos demais custos da operação. Paga a dívida com o valor, deve ser restituído o saldo ao fiduciante<sup>332</sup>.

A venda, em caso de bens imóveis, será por meio de leilão, tendo o fiduciário prazo de 30 dias após a consolidação da propriedade para oferecer o bem em dois leilões públicos<sup>333</sup>. Se o bem for móvel, a venda poderá ser realizada após o prazo dado ao fiduciante purgar a mora, pelo próprio credor ou por leiloeiro<sup>334</sup>.

Se o montante obtido com a venda do bem não for suficiente para pagamento da dívida, o credor pode buscar o valor faltante no patrimônio do devedor, caso trate-se de bem móvel<sup>335</sup>. Tratando-se de coisa imóvel, se montante obtido no leilão não for suficiente para saldar a dívida, pode o credor incorporar o bem em seu patrimônio, mas não poderá cobrar a diferença do fiduciante, ao contrário, deve dar quitação<sup>336</sup>. Essa é certamente uma grande diferença entre as regras de alienação fiduciária.

---

<sup>324</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais - estudo e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 12.

<sup>325</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 104.

<sup>326</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 176.

<sup>327</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 87.

<sup>328</sup> CHALHUB, 2009, *op. cit.*, p. 171.

<sup>329</sup> CHALHUB, 2009, *op. cit.*, p. 192.

<sup>330</sup> CHALHUB, 2012 *op. cit.*, p. 12.

<sup>331</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 115.

<sup>332</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 121.

<sup>333</sup> CHALHUB, 2012, *op. cit.*, p. 12.

<sup>334</sup> CHALHUB, 2009, *op. cit.*, p. 191.

<sup>335</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 122.

<sup>336</sup> CHALHUB, 2012, *op. cit.*, p. 12.

Aqui há um ponto polêmico em relação ao Direito do Consumidor. O CDC<sup>337</sup> estabelece, em seu artigo 53<sup>338</sup>, nulidade de cláusula contratual que preveja perda total de quantias pagas pelo devedor, situação que pode ocorrer na alienação fiduciária em caso de pagamento de boa parte da dívida e pouco valor obtido na venda efetuada pelo fiduciário<sup>339</sup>.

Conforme Chalhub, para os Tribunais, há o entendimento que a Lei da alienação fiduciária imóvel prevalece sobre o Código de Defesa do Consumidor, pois é norma mais nova e específica<sup>340</sup>.

Importante mencionar que são penhoráveis os direitos do devedor fiduciante e do credor fiduciário<sup>341</sup>. Para este, o objeto da penhora será o seu direito de crédito, de forma que ocorrerá sub-rogação na sua posição no contrato de alienação fiduciária<sup>342</sup>. Para aquele, o objeto da penhora será seu direito aquisitivo, e não a propriedade em si, afinal também ocorrerá a sub-rogação na posição de fiduciante<sup>343</sup>, em nada afetando o direito do fiduciário<sup>344</sup>. Cite-se a necessidade de levar a registro a penhora da coisa<sup>345</sup>.

A extinção do contrato de alienação fiduciária dar-se-á de dois modos possíveis, conforme Chalhub:

Extingue-se o contrato por dois modos: (i) ou mediante liberação do ônus, com a consequente recomposição da propriedade plena no patrimônio do fiduciante, por efeito do pagamento da dívida ou do cumprimento da obrigação a que a garantia fiduciária estiver vinculada ou (ii) mediante consolidação da propriedade do patrimônio do credor, decorrente de dação do direito eventual do fiduciante ou da não-purgação da mora, em conformidade com os procedimentos legais correspondentes.<sup>346</sup>

Ou seja, ao fim do contrato, ocorrerá a união da propriedade e da posse nas mãos de um mesmo titular, seja o fiduciante que terá seu bem livre de gravames ao adimplir a dívida, ou o fiduciário, que deverá então vender a coisa para saldar o débito.

---

<sup>337</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília. Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)> Acesso em: 29 out, 2018.

<sup>338</sup> Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

<sup>339</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais - estudo e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 15.

<sup>340</sup> CHALHUB, 2012, *loc. cit.*

<sup>341</sup> CHALHUB, 2012, *op. cit.*, p. 9.

<sup>342</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 147.

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>344</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>346</sup> CHALHUB, 2012, *op. cit.*, p. 84.

Assim, conclui-se que a alienação fiduciária proporciona maior distribuição de crédito, por meio de facilitação de execução da garantia. Possibilita isso por meio de construção jurídica baseada na confiança, ao transferir propriedade que deve ser devolvida imediatamente após o adimplemento, bem como ao obrigar o possuidor a arcar com os custos de manutenção da coisa. Com a ideia de propriedade resolúvel, facilita a execução da dívida em caso de inadimplemento.

## 4.2 COMPATIBILIDADE DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COM A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Tendo estudado o adimplemento substancial no capítulo 2, bem como analisado brevemente a alienação fiduciária em garantia, pretende-se agora verificar a compatibilidade dos institutos.

Considerando que o adimplemento substancial busca averiguar se a resolução é injusta no caso concreto individual, cabe questionar se tal limitação de direito, especialmente nas peculiaridades da alienação fiduciária, pode gerar efeitos para a economia como um todo. Para isso, far-se-á antes um breve estudo sobre a análise econômica do direito.

### 4.2.1 A Análise Econômica do Direito e as consequências da flexibilização das regras da alienação fiduciária em garantia

Passa-se a estudar brevemente a noção de Análise Econômica do Direito. Essa ideia teve início nos Estados Unidos da América, a partir da segunda metade do século passado, ao utilizar critérios econômicos no estudo do Direito<sup>347</sup>.

Tal teoria não se restringe a questões normativas das relações econômicas, mas sim à forma como as pessoas, sob o espectro das ciências econômicas, reagem ao Direito<sup>348</sup>.

Assim, para a Análise Econômica do Direito, deve-se estudar a forma como os incentivos jurídicos influenciam o comportamento humano no sentido de cada um buscar aumentar o seu próprio bem-estar<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Introdução à análise econômica do direito. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 11-33, jan./abr. 2018. p. 11.

<sup>348</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>349</sup> *Ibidem*, p. 20.

Afinal, o ser humano reage a incentivos<sup>350</sup>. Por exemplo, um bônus por produtividade no trabalho aumentará o esforço do funcionário. Se multas para excesso de velocidade forem altas, o motorista terá mais receio de dirigir acima dos limites.

Conforme as ciências econômicas, a pessoa busca o aumento de sua própria satisfação, e, por conseguinte, também age para diminuir sua dor<sup>351</sup>. Tal pensamento não pode, contudo, limitar-se a questões financeiras. A Análise Econômica do Direito pode ser utilizada, mediante normas jurídicas, para potencializar comportamentos que busquem o bem-estar social<sup>352</sup>, como, por exemplo, melhor distribuição de renda e combate à violência.

Ou seja, as regras que regulam o mercado necessitam estabelecer os incentivos, positivos e negativos, a fim de determinar direitos e deveres dos agentes, com o objetivo de manter os negócios jurídicos seguros e justos para os contratantes. Estes tomam decisões conforme lhe são apresentadas as regras do jogo<sup>353</sup>.

Considerando a aplicação da teoria a um empréstimo, ou as regras de execução em caso de inadimplemento trazem segurança jurídica ou ocorrerá aumentos dos juros com o objetivo de compensar os maiores riscos na proporção da insegurança existente<sup>354</sup>.

Trazendo tal ideia para o assunto tratado neste trabalho, pode-se inferir que a flexibilização da execução da garantia na alienação fiduciária fatalmente acarretará em aumento dos juros, e, com isso, menor oferta de crédito para o público.

Cabe salientar que não se busca uma segurança absoluta, mas sim uma segurança mínima que proporcione um ambiente para o exercício dos agentes econômicos<sup>355</sup>.

As instituições financeiras oferecem crédito a um menor custo, leia-se juros, em empréstimos na modalidade de alienação fiduciária pela facilidade de execução da garantia<sup>356</sup>. Trata-se de incentivo dado pelo legislador para maior circulação de dinheiro no mercado. O fiduciante paga valor menor e o fiduciário tem maior segurança na recuperação do valor emprestado.

---

<sup>350</sup> CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Introdução à análise econômica do direito. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 11-33, jan./abr. 2018. p. 26.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>352</sup> ZANITELLI, Leandro Martins. A análise econômica do direito: breve apresentação e exemplos de aplicação. **Revista do Direito**: revista da Faculdade de Direito UniRitter, Porto Alegre, v. 9, n. 8, p. 143-161, jan. 2007. p. 144.

<sup>353</sup> BRANDELLI, Leonardo. Função econômica do registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário** (Revista dos Tribunais), p. 13-45, jul./dez. 2011. p. 16.

<sup>354</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>356</sup> FARIA, Mauro Teixeira de. Notas sobre alienação fiduciária: aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em contratos garantidos. Flexibilização com base na função social do contrato? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 139-157, nov. 2017. p. 144.

Conforme Brandelli, se as regras permitirem revisões pelo Judiciário, essas muitas vezes, ideológicas, ocorrerá um desestímulo para a realização de negócios financeiros de crédito<sup>357</sup>.

Esta ideia do autor pode ser aplicada ao adimplemento substancial, pois se configura uma revisão de um contrato estabelecido de forma válida, mas que tem sua resolução vedada pela referida teoria.

Para Brandelli, inclusive, tais regras podem estimular comportamento mal intencionado dos devedores, pois poderiam estes intencionalmente descumprir os contratos e buscar guarida na judiciário por tal ato, com o fim de obter vantagem financeira, já que, conforme explicado acima, cada indivíduo busca o seu bem-estar<sup>358</sup>.

Tendo em vista a situação de crise econômica que o Brasil vive há alguns anos e a consequente redução na oferta de crédito, aliada ao aumento da inadimplência, o estudo das decisões judiciais nesse campo se faz necessário<sup>359</sup>.

Assim Brandelli manifesta-se sobre o problema:

Uma decisão, por exemplo, que revisasse ideologicamente algum contrato de financiamento imobiliário, ou que não levasse a termo a consecução de alguma garantia hipotecária, sob a boa intenção de manter o devedor debaixo de um teto em atenção ao direito constitucional de habitação (mal interpretado), passando ideologicamente para o mutuante uma obrigação que não é sua, e despidendo ilicitamente o mutuante do produto de seu trabalho, teria o efeito de prejudicar todos os demais mutuários, uma vez que os agentes financeiros não mais submeter-se-iam a tal situação, insegura, ou afastando-se do mercado de financiamento imobiliário, ou exigindo um spread maior, que compensasse o aumento do risco assumido.<sup>360</sup>

Trazendo a opinião do autor para o tema deste trabalho, pode-se concluir que a aplicação da teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária em garantia poderia acarretar, ao fim, em aumento do custo da operação, por meio de juros maiores, ou mesmo na redução do crédito disponível no mercado.

Ou seja, é possível que a interferência em alguns contratos individuais a fim de evitar injustiças, pelo reconhecimento do adimplemento substancial, traga, para o todo, efeitos negativos, dificultando o acesso aos financiamentos.

---

<sup>357</sup> BRANDELLI, Leonardo. Função econômica do registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário** (Revista dos Tribunais), p. 13-45, jul./dez. 2011. p. 20.

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>359</sup> FARIA, Mauro Teixeira de. Notas sobre alienação fiduciária: aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em contratos garantidos. Flexibilização com base na função social do contrato? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 139-157, nov. 2017. p. 140.

<sup>360</sup> BRANDELLI, *op. cit.*, p. 24.

E mais, mesmo que o saldo da dívida seja pago de outra forma, os maiores custos com a cobrança de valores via execução convencional, e não justamente pela agilização que a alienação fiduciária propõe, também acarreta em despesas extras para as instituições financeiras, as quais fatalmente ampliarão os juros<sup>361</sup>.

Bárbara Gomes Navas concorda com essa ideia, dizendo que “parece-nos inapropriado impedir a consolidação da propriedade e a busca e apreensão do bem por aplicação da teoria do adimplemento substancial”<sup>362</sup>, entendendo que tal modalidade de garantia, mesmo que eventualmente gravosa, veio para ampliar a oferta de crédito no mercado.

Mauro Teixeira de Faria vai além, defendendo que a instituição financeira exerce sua função social ao disponibilizar o crédito e fazer circular o dinheiro para possibilitar a aquisição pelo devedor, o qual não cumpriria com sua função social de restituir tais valores ao mercado em virtude de flexibilização das regras da alienação fiduciária em garantia<sup>363</sup>.

Para o autor, a facilidade e agilidade previstas pela alienação fiduciária para a execução da garantia influencia na estipulação dos juros do financiamento<sup>364</sup>. E mais, entende que a flexibilização do instituto acarreta em piora da crise econômica, considerando que o aumento do risco para as instituições financeiras aumenta os custos e reduz a oferta do crédito<sup>365</sup>.

Já Zampini discorda, entendendo que tal medida é irrazoável pelo fato de o adimplemento substancial ser aplicado em casos em que o saldo remanescente da dívida é ínfimo<sup>366</sup>. Entende a autora que é possível que o bem seja arrematado por preço vil, havendo ônus prejuízo para o devedor<sup>367</sup>.

Assim explica Zampini:

Não se busca com a aplicação da referida teoria descaracterizar a alienação fiduciária como garantia, mas tão somente evitar a imposição de um ônus desproporcional ao devedor fiduciante, como também o enriquecimento sem causa do credor fiduciário que poderá se utilizar de outros meios para reaver o crédito remanescente como a ação de cobrança.<sup>368</sup>

<sup>361</sup> BRANDELLI, Leonardo. Função econômica do registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário** (Revista dos Tribunais), p. 13-45, jul./dez. 2011. p. 37.

<sup>362</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

<sup>363</sup> FARIA, Mauro Teixeira de. Notas sobre alienação fiduciária: aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em contratos garantidos. Flexibilização com base na função social do contrato? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 139-157, nov. 2017. p. 149.

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>365</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>366</sup> ZAMPINI, Regina Célia Costa Alvarenga. O Adimplemento Substancial na Alienação Fiduciária Móvel. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Rev. dos Tribunais, v. 18, n. 78, p. 217-240, jun. 2017.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 11.

Ou seja, a autora entende que o reconhecimento do adimplemento substancial em um contrato de alienação fiduciária evita injustiça, não ferindo o instituto. Para ela, portanto, deve ser ônus do fiduciário buscar o seu crédito, deixando de considerar as consequências disso para o mercado em geral, fazendo uma análise social da questão<sup>369</sup>.

Já Chalhub entende que a apropriação do bem pelo fiduciário é medida extrema, passível somente nas situações em que não for possível, em caso de inadimplemento parcial, retornar ao curso normal das prestações<sup>370</sup>. Assim, deve ser avaliado se o atraso no pagamento fere o interesse do credor, situação na qual seria cabível a resolução<sup>371</sup>. Caso contrário, é possível a manutenção do negócio jurídico se considerado o adimplemento substancial<sup>372</sup>.

Assim, conclui-se que a aplicação da teoria do adimplemento substancial em alienação fiduciária em garantia em alguns casos específicos gera efeitos para o mercado dos financiamentos. A flexibilização das regras de execução acarreta em um aumento dos custos e do risco para as instituições financeiras, as quais aumentarão os juros para compensar esse acréscimo.

Na pesquisa doutrinária, verifica-se que as opiniões acabam refletindo ideologias mais voltadas ao mercado ou a questões sociais, afinal, aplicar a teoria do adimplemento substancial é também evitar injustiças em casos de abuso de poder do credor.

Realizado o estudo da aplicação do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia com o foco da Análise Econômica do Direito pela ótica doutrinária, cabe verificar como a jurisprudência considera esses institutos no caso concreto.

A fim de demonstrar a jurisprudência recente do STJ, utilizar-se-á a decisão proferida no julgamento do Recurso Especial 1.622.555/MG, julgado em 22 de fevereiro de 2017 pela 2ª Seção do referido Tribunal.

Conforme o relatório do acórdão, trata-se de caso típico de financiamento de veículo por meio de contrato de alienação fiduciária em garantia, no qual o fiduciante pagou 91,66% do total da dívida, tendo deixado de adimplir as últimas 4 do total de 48 prestações. O credor requereu a liminar de busca e apreensão do bem, e o juízo de origem negou o pedido,

---

<sup>369</sup> ZAMPINI, Regina Célia Costa Alvarenga. O Adimplemento Substancial na Alienação Fiduciária Móvel. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Rev. dos Tribunais, v. 18, n. 78, p. 217-240, jun. 2017.

<sup>370</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 176.

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 177.

entendendo aplicável a teoria do adimplemento substancial. Inconformado com esta decisão, bem como com sua manutenção em 2º grau, a instituição bancária recorreu ao STJ<sup>373</sup>.

Apesar do mérito do recurso tratar-se da possibilidade ou não da busca e apreensão em favor do credor, o julgamento discutiu, utilizando como fundamentação os institutos jurídicos tratados no decorrer deste trabalho, se a teoria do adimplemento substancial é compatível com a alienação fiduciária em garantia. Passa-se a analisar o voto de cada ministro.

O Ministro Marco Buzzi, relator do processo, votou pela aplicação da teoria do adimplemento substancial ao caso, baseando-se nos requisitos expostos neste trabalho, como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a vedação ao abuso de direito, bem como entendeu que a parte inadimplida do contrato era de escassa importância. O magistrado ainda referiu diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça que seguiam a mesma ideia<sup>374</sup>.

Assim, o Ministro Buzzi entende como compatíveis os institutos, tomando um caminho mais voltado ao interesse individual, deixando de considerar os efeitos para o mercado de financiamentos.

O Ministro Marco Aurélio Bellizze abriu divergência, começando seu voto pela análise das características do negócio fiduciário no Brasil. Explicou suas peculiaridades, bem como frisou que, por ser regramento especial, sem lacunas, não comporta a aplicação do adimplemento substancial, pois a norma não abre espaços para discussão acerca do tamanho do inadimplemento, sendo um direito do credor tomar a posse da coisa para si. Salienta, ainda, que a norma sobre o tema exige o pagamento integral da dívida para a restituição do bem ao devedor<sup>375</sup>.

Para o magistrado, reconhecer o adimplemento substancial para evitar a busca e apreensão de bem em contratos de alienação fiduciária em garantia implica em desvirtuamento da teoria. O Ministro Bellizze argumenta que não se trata o caso de evitar a resolução do contrato, pois estaria o credor apenas cumprindo com o pactuado, utilizando da ação para tomar

---

<sup>373</sup> Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68565192&num\\_registro=201502797328&data=20170316&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68565192&num_registro=201502797328&data=20170316&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>374</sup> Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68565192&num\\_registro=201502797328&data=20170316&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68565192&num_registro=201502797328&data=20170316&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>375</sup> Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69713329&num\\_registro=201502797328&data=20170316&tipo=64&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69713329&num_registro=201502797328&data=20170316&tipo=64&formato=PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2018.



a posse do bem e adimplir a obrigação conforme foi ajustado pelas partes. Assim, seria o contrato extinto justamente pelo que foi acordado, não se tratando de resolução<sup>376</sup>.

Prossegue o Ministro Marco Aurélio Bellizze em sua fundamentação, defendendo que se o devedor entende que o saldo da dívida é ínfimo, deveria ele buscar uma forma de adimpli-lo, já que tem conhecimento das consequências da falta de pagamento neste tipo de negócio jurídico. O julgador vai além, alegando que reconhecer o adimplemento substancial em situações assim seria incentivar o inadimplemento intencional dos fiduciantes, pois estes estariam protegidos da perda do bem.<sup>377</sup>

Conclui o magistrado, argumentando que o credor teria de buscar satisfazer seu crédito nos bens do devedor, podendo mesmo a execução recair sobre a coisa que era garantia do negócio, sendo tal processo muito mais custoso, demorado e com menor efetividade do que o direito que a norma lhe confere. Além disso, considera que a aplicação da teoria do adimplemento substancial em alienação fiduciária acarretaria em prejuízo a quem paga em dia suas dívidas, pois os juros seriam majorados pelas instituições financeiras.<sup>378</sup>

Ou seja, o Ministro Bellizze, em contraponto ao Relator, fez uma análise baseada no estabelecido pelo legislador para a alienação fiduciária, considerando também os efeitos que a intervenção judicial no contrato acarretaria para a coletividade, afetando os custos dos financiamentos para os devedores que cumprem com suas obrigações. O voto do magistrado vai ao encontro do que foi pesquisado neste trabalho, ou seja, que há consequências para todo o sistema de empréstimos ao flexibilizar esse tipo de contrato com a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

O Ministro Antônio Carlos Ferreira entendeu pela não aplicação da teoria por considerar que o saldo da dívida não era de escassa importância. Defendeu que a reconhecimento do adimplemento substancial deve ser feito somente em casos excepcionais, e seguindo o Ministro Bellizze, argumenta que os custos dos financiamentos seriam majorados para compensar tal supressão de direito do credor. Concorda também que não se trata de evitar a resolução do

---

<sup>376</sup> Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69713329&num\\_registro=201502797328&data=20170316&tipo=64&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69713329&num_registro=201502797328&data=20170316&tipo=64&formato=PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>377</sup> Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69713329&num\\_registro=201502797328&data=20170316&tipo=64&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69713329&num_registro=201502797328&data=20170316&tipo=64&formato=PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>378</sup> Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69713329&num\\_registro=201502797328&data=20170316&tipo=64&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69713329&num_registro=201502797328&data=20170316&tipo=64&formato=PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

pacto, e sim o cumprimento do contrato de alienação fiduciária e do ordenamento jurídico sobre o tema.<sup>379</sup>

Assim, o Ministro Ferreira concorda com o Ministro Bellizze, entendendo também que há reflexos no mercado, pois as instituições financeiras compensariam eventuais perdas pela aplicação da teoria do adimplemento substancial ao majorar os juros para todos os mutuários.

A Ministra Nancy Andrichi também votou no sentido de que a norma não prevê discussão sobre a extensão do inadimplemento. Sua fundamentação é que evitar a busca e apreensão devido ao reconhecimento do adimplemento substancial é impedir o acesso ao Poder Judiciário, direito fundamental. Contudo, não entende incompatível a aplicação da teoria a contratos de alienação fiduciária.<sup>380</sup>

Discorda, portanto, a Ministra Andrichi, entendendo compatíveis os institutos. Contudo, seu voto tem uma abordagem processual, não sendo relevante para o tema deste trabalho, já que deixou de aprofundar na fundamentação da eventual compatibilidade.

Por fim, a Ministra Maria Isabel Gallotti defendeu serem incompatíveis os institutos, exceto nos casos em que o saldo devedor seja tão pequeno que não seja útil ao credor cobrá-lo. Concorda com a tese do Ministro Bellizze, acrescentando que a aplicação da teoria do adimplemento substancial, por ser contrário à lei da alienação fiduciária em garantia, gera insegurança jurídica.<sup>381</sup>

A magistrada chama a atenção para os riscos à segurança jurídica das operações, em mais uma análise voltada a todo sistema de financiamentos e não somente ao caso individual. Contudo, entende que em casos nos quais a prestação faltante seja inútil ao credor é viável aplicar a teoria do adimplemento substancial à alienação fiduciária em garantia.

Assim, o órgão colegiado, por maioria, determinou a execução da busca e apreensão do bem. Para tal, como pode ser compreendido dos votos, defendeu que a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia gera más consequências e insegurança jurídica, pois acarreta no aumento do custo dos financiamentos, prejudicando os mutuários que cumprem com suas obrigações.

---

<sup>379</sup> Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69070978&num\\_registro=201502797328&data=20170316&tipo=2&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69070978&num_registro=201502797328&data=20170316&tipo=2&formato=PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>380</sup> Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69893849&num\\_registro=201502797328&data=20170316&tipo=61&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69893849&num_registro=201502797328&data=20170316&tipo=61&formato=PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>381</sup> Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69768159&num\\_registro=201502797328&data=20170316&tipo=2&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69768159&num_registro=201502797328&data=20170316&tipo=2&formato=PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

## 5 CONCLUSÃO

Buscou-se neste trabalho estudar a teoria do adimplemento substancial, desde a sua origem no Direito Inglês à sua absorção pelo Direito Brasileiro, bem como a sua aplicação aos contratos de alienação fiduciária em garantia, os quais possuem peculiaridades em relação aos demais negócios jurídicos de financiamento.

A pesquisa foi baseada em livros de autores tradicionais. A doutrina de juristas como Clóvis do Couto e Silva, Judith Martins-Costa, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro e Araken de Assis, dentre outros, foi utilizada como referência para o trabalho. Para o estudo da teoria em si, por ser um conceito moderno no Direito, diversos artigos foram pesquisados, bem como a obra de Eduardo Bussatta, um dos poucos livros dedicados exclusivamente ao tema. No estudo da alienação fiduciária em garantia foi utilizado o livro do nobre jurista Orlando Gomes, material precursor na doutrina sobre o instituto. Em complemento, a pesquisa baseou-se nos livros do especialista Melhim Namem Chalhub, referência na área, bem como em artigos.

A teoria teve origem no caso julgado pelo Lord Mansfield em 1777, no qual se entendeu que a resolução de um contrato poderia ser substituída, com justiça, por indenização por perdas e danos. O tema já foi positivado nas legislações de várias nações relevantes, como a Itália, Alemanha e Portugal. Países como a Espanha e a vizinha Argentina, assim como o Brasil, ainda não elaboraram legislação a respeito.

Há no Brasil o reconhecimento do adimplemento substancial pela jurisprudência, sendo tal teoria já aplicada frequentemente no nosso Direito. O primeiro julgamento que mencionou o tema ocorreu em 1988, em decisão de Ruy Rosado de Aguiar Júnior. O enunciado 361 do Conselho da Justiça Federal trata do assunto, bem como a doutrina.

A teoria do adimplemento substancial tem por fundamento alguns dos mais clássicos institutos jurídicos, como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a vedação ao abuso do direito.

A ideia de inadimplemento de escassa importância é fundamental para o estudo do tema, pois é necessário que tenha sido adimplida parcela considerável da obrigação, e mais, que esta mantenha a utilidade da prestação ao credor. Afinal, este deve ter o seu direito satisfeito, pelo menos substancialmente. Importante salientar que deve ser feita uma análise qualitativa, mais detalhada, do caso concreto para avaliar se estão presentes todos requisitos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

A resolução de um contrato gera efeitos retroativos, os quais acabam criando consequências graves ao devedor nos casos de satisfação quase completa da obrigação, de forma que aplicar a teoria do adimplemento substancial, se presentes os demais requisitos, é uma forma de evitar o abuso de direito do credor.

Assim, resolver o pacto devido a inadimplemento que não afete a economia do contrato acarretará em grave prejuízo ao devedor em oposição a um benefício ao credor que poderia ser satisfeito de outra forma, ao manter o negócio jurídico e estabelecer uma indenização por perdas e danos geradas pela não satisfação integral da obrigação nos termos do ajustado originalmente.

A alienação fiduciária em garantia é uma ferramenta contratual para financiamentos que surgiu no Brasil na década de 60 com o objetivo de fomentar o crédito para compra de bens móveis, especialmente veículos. Atualmente, também aplicada aos bens imóveis, é um instrumento muito utilizado para ampliar o acesso à moradia, considerando que permite às instituições financeiras oferecerem juros menores devido à possibilidade de rápida execução da garantia.

Sua característica essencial é a ideia de propriedade resolúvel, ou seja, quando da assinatura do contrato a propriedade do bem passa ao fiduciário, geralmente uma instituição financeira, e a posse permanece com o fiduciante, o comprador da coisa. É dever deste manter o bem, arcar com todas as despesas, e pagar o valor ajustado, enquanto é dever daquele restituir o bem com o adimplemento da dívida.

O inadimplemento por parte do fiduciante acarreta em execução do saldo da dívida, consolidando a propriedade favor do credor. Se não houver o pagamento, o fiduciário terá de vender o bem para satisfazer a garantia, devolvendo o saldo do obtido com o leilão ao fiduciante, caso exista.

Essa facilidade conferida ao credor para executar a garantia possibilita que as instituições financeiras ofereçam juros reduzidos em comparação a outras modalidades de empréstimo.

Considerando as peculiaridades da alienação fiduciária em garantia, em especial a ideia de propriedade resolúvel, flexibilizar a sua estrutura contratual gera consequências para todo o sistema de financiamentos.

A teoria do adimplemento substancial tem como objetivo evitar injustiças nos casos em que a obrigação foi satisfeita quase que totalmente, mantendo a utilidade da prestação para o credor. Contudo, combiná-la com a alienação fiduciária significa impossibilitar justamente a principal característica desta que é a propriedade resolúvel e a ágil execução da garantia.

Ao utilizar a Análise Econômica do Direito, que é a ferramenta que avalia como as manifestações jurídicas, como as leis e as decisões dos magistrados, por exemplo, afetam a economia, verifica-se que a combinação dos institutos pode gerar consequências graves.

As instituições financeiras visam ao lucro e calculam a sua margem baseando-se nos riscos de cada operação. Por meio da alienação fiduciária, elas podem oferecer juros menores devido a uma maior facilidade na satisfação da garantia em caso de inadimplemento. Se esse tipo de contrato passa a sofrer intervenção do Judiciário, flexibilizando suas regras, bem como as das próprias leis sobre o tema, fatalmente os empréstimos ficarão menos acessíveis, dificultando o acesso ao crédito também para os mutuários que pagam em dia as suas dívidas.

Com isso, toda a coletividade será afetada negativamente em favor de poucos casos, correndo o risco, ainda, de eventual má aplicação da teoria do adimplemento substancial devido à análise superficial de seus requisitos.

Sensível a essa situação, o Superior Tribunal de Justiça recentemente mudou seu entendimento, pacificando a questão na 2ª Seção que decidiu que a teoria do adimplemento substancial e a alienação fiduciária em garantia são institutos incompatíveis.

**REFERÊNCIAS**

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDELLI, Leonardo. Função econômica do registro de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário** (Revista dos Tribunais), p. 13-45, jul./dez. 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 29 out. 2018.

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

CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Introdução à análise econômica do direito. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 11-33, jan./abr. 2018.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais - estudo e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. **Negócio fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

FARIA, Mauro Teixeira de. Notas sobre alienação fiduciária: aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em contratos garantidos. Flexibilização com base na função social do contrato? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 139-157, nov. 2017.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 71-87, jan./mar. 2011.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principalização" da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, p. 39-59, jul./set. 2017.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substancial das Obrigações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. A aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos bancários. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 183-192, jul./set. 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176-225, 2007.

NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 79-102, abr./jun. 2017.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

\_\_\_\_\_. O princípio da boa fé e as condições gerais dos negócios. Em **Simpósio sobre as condições gerais dos contratos bancários e a ordem pública e econômica**, p. 29-41. Curitiba: Juruá, 1988.

\_\_\_\_\_. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (org). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 33-58, 1997.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZAMPINI, Regina Célia Costa Alvarenga. O Adimplemento Substancial na Alienação Fiduciária Móvel. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Rev. dos Tribunais, v. 18, n. 78, p. 217-240, jun. 2017.

ZANITELLI, Leandro Martins. A análise econômica do direito: breve apresentação e exemplos de aplicação. **Revista do Direito**: revista da Faculdade de Direito UniRitter, Porto Alegre, v. 9, n. 8, p. 143-161, jan. 2007.