

A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Diogo Oliveira Elias de Farias¹

Henrique Batista de Araújo Neto²

RESUMO

O fenômeno da constitucionalização do Direito busca revestir todo o sistema normativo infraconstitucional sob o manto da Lei Maior, é advindo do Direito alienígena, e busca dar uma interpretação às leis de forma que estas priorizem os direitos e garantias insculpidos no texto constitucional. Na esteira desse fenômeno e também advinda do Direito alienígena, temos a Teoria do Adimplemento Substancial, que busca, através da prudente mitigação de institutos antes invioláveis, como o pacta sunt servanda e o direito à propriedade, deixar as relações contratuais mais equânimes. Faz-se uma análise desses fatores através do método teórico-descritivo na busca por uma melhor compreensão do tema abordado.

Palavras-chave: Constitucionalização. Teoria do Adimplemento Substancial. Relações contratuais mais equânimes.

ABSTRACT

In the current law-making environment at the national level there is a move to incorporate all the infra-regulatory system of laws into major law. This movement is called the doctrine of constitutionalization, an external pressure which seeks to interpret, rank and include direct and indirect legislation within the constitution itself. As a result – and also as a result of outside pressures – substantial performance can be substantiated through prudent litigation in the context of basic legal principles, such as pacta sunt servanda, and property rights, leading to more equitable contractual relations.

Keywords: Constitutionalization. Substantial performance. Equitable contractual relations.

¹ Discente de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (diogoelias_@hotmail.com)

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (hbaneto@yahoo.com.br)

1 INTRODUÇÃO

O presente tem o escopo de abordar nuances práticas acerca da teoria do adimplemento substancial, com ênfase no seu papel na composição dos caracteres do princípio da função social dos contratos.

Além disso, visa analisar a aplicação da teoria supra nos contratos de financiamento, sobretudo no que diz respeito a ação de busca e apreensão de bens.

O estudo dessas problemáticas tem relevância incontroversa, uma vez que a sociedade como um todo tem como engrenagem de funcionamento o contrato, sendo o princípio da função social de suma importância para que esta ferramenta alcance a máxima efetividade.

Vale frisar também que o contrato de financiamento tem se mostrado cada vez mais presente nas relações comerciais atuais, representando meio importante para aquisição de bens de indivíduos das mais variadas classes sociais. Por ser tão utilizado, torna-se comum o aparecimento de alguns percalços ao longo de sua vigência, que deverão ser contornados pelas partes da maneira menos gravosa para ambas.

Esta teoria, originariamente denominada *substancial performance* teve sua origem no *common law*, na Inglaterra do século XVIII, através de decisões de Tribunais ingleses que, no intuito de promover justiça, relativizaram a exigência do exato cumprimento de um contrato celebrado.

Nesse contexto, surge a teoria do adimplemento substancial, relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, com a proposição de solucionar alguns dos problemas existentes nessa espécie contratual.

Em razão da inquietação gerada diante do leque de possibilidades de resolução de conflitos que a teoria em tela proporciona, é que vislumbrou-se a oportunidade de se promover uma análise do manejo desse entendimento num contexto prático, de forma a deixá-la um pouco mais palatável.

Ademais, observa-se que esta matéria ainda se mostra carente de estudo, uma vez que, apesar de já haver jurisprudência tratando do assunto, ainda são escassos os trabalhos abordando o tema. Por conseguinte, esse terreno se mostra fértil e interessante na promoção de pesquisa acadêmica, com potencial de render bons frutos, gerando aporte teórico que poderá contribuir com estudos posteriores.

E é em virtude da escassez de estudos mais aprofundados acerca da teoria do adimplemento substancial que se percebe a necessidade de confronta-la com os princípios que regem o direito contratual, sobretudo o da função social dos contratos, no panorama neoconstitucional de adequação do direito privado aos objetivos e diretrizes de proteção ao cidadão insculpidos em nossa Carta Magna.

O estudo de tais nuances se dará através de metodologia de pesquisa teórico-descritiva, partindo de coleta de dados nos referenciais teóricos bibliográfico, por meio de livros e artigos (físicos e virtuais), e jurisprudencial.

Ao longo do presente artigo será abordada a teoria do substancial performance no tocante aos contratos de financiamento, através da análise da jurisprudência que gravita sobre o assunto, mas não sem antes abordar a constitucionalização das relações privadas, com destaque para o Direito Contratual, perpassando, logo em seguida, pelo contexto histórico de criação da teoria e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, de modo a explicitar e abalizar o posicionamento quanto a sua aplicabilidade.

Demonstrar-se-á que essa teoria, recente no ordenamento jurídico brasileiro, tem papel fundamental na composição da função social do contrato (questão de cunho principiológico muito em voga nos dias atuais), na medida em que possibilita a busca por soluções mais equânimes quando do inadimplemento obrigacional por um dos contratantes.

Nesse mesmo sentido, restará comprovado que a utilização deste raciocínio privilegia a justiça contratual, tendo em vista que se apresenta como importante ferramenta à vedação do enriquecimento sem causa, com especial atenção às causas que envolvem instituições financeiras no pólo credor.

Por último, mas não menos importante, restará provado ao final do trabalho que a teoria do adimplemento substancial veio para equilibrar a relação *inter partes* existente no contrato de financiamento (mais especificamente naquele realizado para compra de veículos), compensando a hipossuficiência do consumidor perante o banco financiador, de modo a coibir o uso de medidas abusivas para garantir o cumprimento da obrigação pelo primeiro.

Antes de se fazer uma análise prática acerca do posicionamento da jurisprudência brasileira no tocante ao assunto em tela, é necessário se ter certeza de que o interlocutor esteja a par do assunto ao qual se pretende abordar.

Desta feita, com a finalidade de proporcionar o melhor entendimento possível sobre o tema que será abordado, é interessante que se tenha uma conceituação mínima sobre os pilares desse projeto de pesquisa, quais sejam: a teoria do adimplemento substancial e a função social dos contratos e, antes de mais nada, o fenômeno jurídico que proporcionou a entrada desses institutos no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a constitucionalização do Direito.

Posto isso, passemos a algumas noções dos referidos temas.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS E A JUSTIÇA CONTRATUAL

O termo constitucionalização do Direito, por si só considerado, compreende diversos sentidos que podem levar as mais variadas conclusões. Tomando-se como exemplo, poder-se-ia, numa análise adstrita unicamente as palavras que compõe a locução, definir como sendo o caso de qualquer ordenamento jurídico no qual a Constituição vigente fosse dotada de supremacia, ou ainda, como o fato de as constituições formais trazerem consigo temas relacionados aos mais diversos ramos do Direito.

Entretanto, não se trata desses tipos de abordagem que se presta esse trabalho, tendo em vista sua inutilidade perante o assunto em questão. Tratar-se-á aqui do fenômeno de expansão do texto constitucional sobre a legislação subordinada e todo o restante do ordenamento jurídico, com força normativa, com vista a assegurar o cumprimento das garantias presentes em seu conteúdo.

Neste sentido, ensina Luís Roberto Barroso, em interessante artigo em que aborda a questão da constitucionalização do Direito:

os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. (Barroso, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. p. 12)

Desta feita, tem-se que as relações jurídicas passaram a ter em seu contexto interpretativo uma preocupação com a adequação ao texto constitucional, de modo que seja cobra, nos parâmetros atuais, que a norma possua essencialmente uma simetria com a Lei Maior para que possa ser efetivamente considerada constitucional.

Em termos práticos, constitucionalização do direito limita a discricionariedade e impõe deveres de atuação à Administração Pública, além de fornecer fundamentos de validade embaixadores da prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição. Quanto ao Poder Judiciário, tanto serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade de sua competência (incidental ou direto), quanto tende a convergir a interpretação das normas à um padrão. No âmbito do Legislativo, limita a discricionariedade na formulação de leis em linhas gerais e impõe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais.

É sabido que no Brasil o fenômeno da constitucionalização do Direito se deu a partir da promulgação da Constituição de 1988, que promoveu substancial modificação no cenário jurídico nacional. A constituição cidadã tratou de temas afetos a diversos ramos do Direito com certa minuciosidade e até exagero, trazendo maior vinculação entre as normas infraconstitucionais e a Lei Maior.

“é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedica à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.” (Barroso, Luís Roberto, op. Cit. P. 19).

O papel de destaque que a Constituição tem conquistado, não só formalmente, o qual sempre teve, mas materialmente, tendo como catalisador a abertura do sistema jurídico e o grande poder normativo conferido aos seus

princípios, rendeu a Lei Maior lugar no centro de nosso ordenamento jurídico, lugar este antes ocupado pelo Código Civil, antes utilizado como elemento unificador do sistema jurídico. De fato, o Código Civil, que antes desempenhava o papel de direito geral, passou a se enfraquecer ao longo dos anos, vez que foi gradativamente ficando obsoleto, dando azo à necessidade de edição de uma série de leis específicas, visando suprir as deficiências. Essa verdadeira “descodificação” criou inúmeros microssistemas, reduzindo a influência do Código e dando cada vez mais força à Constituição.

A substituição do Código Civil pela Constituição como centro do raciocínio jurídico-interpretativo marcou, no Direito pátrio, a transição da visão liberal que era predominante no âmbito privado, com a supremacia de princípios como o *pacta sunt servanda*, para uma visão mais social das relações jurídicas, priorizando não só o direito a propriedade, mas também o bem estar da sociedade como um todo. Não se está aqui falando na desconsideração da autonomia da vontade das partes, mas sim da mitigação desta em alguns aspectos, através da intervenção estatal (modelo neoliberal) com escopo de tornar equânimes tanto as relações dos sujeitos entre si quanto destes com o próprio Estado.

Nesse cenário, a Constituição passou a ser não apenas um sistema em si mesmo, mas também começou a desempenhar o papel de lente com a qual deveriam ser lidas as demais normas. Em outras palavras, a Constituição passou a ser vista como um filtro interpretativo necessário à leitura e aplicação não só da legislação positivada, mas de todo restante do sistema normativo. A constitucionalização se traduz na reinterpretação da legislação infraconstitucional sob o prisma da Constituição, e não a inclusão de temas adversos aos originariamente constitucionais no texto da Carta Magna. Sem o necessário alinhamento com o texto constitucional, impossível a norma gerar efeitos.

“Em Suma, a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema”. (Barroso, Luís Roberto. Op. Cit., p. 21)

Nesse diapasão, a chamada “interpretação conforme a Constituição” vem tomando força, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais insculpidos na Lei Maior. Desta feita, importante se faz tecer algumas considerações.

Dentre todos os direitos e garantias constitucionais, a dignidade da pessoa humana é, sem sombra de dúvidas, o principal pilar de sustentação do texto da Carta Magna. Tal direito fundamental teve tratamento especial em 1988, dado o longo período pelo qual o país passou sob domínio dos regimes ditatoriais. Havia ainda o temor que a frágil democracia que tentava se reestruturar pudesse ruir, fator este que levou a um tratamento cuidadoso da constituinte com os direitos e garantias fundamentais.

Interessante colacionar os ensinamentos de José Afonso da Silva acerca deste princípio:

Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha-se e se confunde com a própria natureza do ser humano. (da Silva, José Afonso. Poder Constituinte e Poder Popular, p. 146)

Na esteira dessa evolução social, promovida pela Constituição, veio o já bastante citado movimento de constitucionalização do Direito. Desse modo, como não poderia deixar de ser, a interpretação das normas infraconstitucionais ganhou um viés social nunca antes experimentado no ordenamento jurídico pátrio.

Ato contínuo, a garantia à dignidade da pessoa humana passou a figurar no centro das relações jurídicas, com poder de mitigar institutos antes intocáveis como o direito à propriedade. O Direito passou a velar pela garantia de uma igualdade material, nos moldes do que fora proposto por Rui Barbosa (tratando os iguais de maneira igual e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades), nas relações, tanto de Direito público quanto privado, passando a ter caráter mais solidário.

Nesse sentido, aduz Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim, vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa. (Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 47)

Com tamanha promoção da maleabilidade de institutos antes rígidos através de um aprimoramento das relações jurídicas, em prol de uma busca incessante pelo bem estar social, já se consegue vislumbrar, ainda que timidamente, avanços interessantes no modo com que o Direito privado, com ênfase aqui no que diz respeito ao Direito obrigacional e contratual.

Nas subdivisões do Direito Civil supramencionadas (obrigações e contratos) vislumbra-se ainda o crescimento da importância dada ao princípio da boa-fé objetiva, como condição *sine qua non* para a eficácia dos negócios jurídicos. Tal instituto, aliado à também amplamente contemplada (depois do processo de constitucionalização do Direito) vedação do enriquecimento sem causa, auxiliam na formação da função social dos contratos. E é com propriedade que BARROSO explica o papel do Direito Civil no contexto da constitucionalização.

“O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado. A sinergia com o direito constitucional potencializa e leva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.” (Barroso, Luís Roberto. Op. Cit. P. 27)

Todos esses institutos, cujo desenvolvimento na legislação brasileira se deu em decorrência do processo de constitucionalização do Direito, são elementos fundamentais na composição da teoria do adimplemento substancial, haja vista que é a partir deles que se visualizou a necessidade de albergar o devedor em

determinadas situações em que a simples resolução lhe seria extremamente prejudicial, enquanto ao devedor proporcionaria lucro acima do que se pode considerar justo.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Com o desenvolvimento das relações contratuais ao longo dos séculos, o Estado deixou de ser mero expectador dos acordos firmados entre particulares, passando a limitar o livre arbítrio nos contratos com a finalidade de promover maior igualdade entre as partes.

A partir daí, se começou a perceber que o contrato não deveria primar unicamente pela seara patrimonial, mais sim que tivesse por escopo também o bem-estar social. Dessa forma, para merecer a tutela estatal, o contrato tem de atender uma determinada finalidade social.

Delimitando o que seria a função social do contrato, ensina PABLO STOLZE GAGLIANO:

“Em um primeiro plano, a socialização da ideia de contrato, na sua perspectiva intrínseca, propugna por um tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais.”

“Nesse sentido, repercute necessariamente no trato ético e leal que deve ser observado pelos contratantes, em respeito à cláusula de boa-fé objetiva(...).”

“E nessa perspectiva temos que a relação contratual deverá compreender os deveres jurídicos gerais e de cunho patrimonial (de dar, fazer, ou não fazer), bem como deverão ser levados em conta os deveres anexos ou colaterais que derivam desse esforço socializante”

E completa:

“Em um segundo plano, o contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social.

(...)

Sem o contrato, a economia e a sociedade se estagnariam por completo, fazendo com que retornássemos a estágios menos evoluídos da civilização humana.

Ocorre que todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e equilibrado.

Por isso, ao concebermos a figura do contrato – quer seja o firmado

entre particulares, quer seja o pactuado com a própria Administração Pública – não poderíamos deslocá-lo da conjuntura social que lhe dá ambiência.”(Novo Curso de Direito Civil, volume 4, tomo I, p. 83)

Dessa forma, mostra-se inconcebível um contrato voltado somente para a acumulação de riquezas, uma vez que para estar albergado pelo ordenamento jurídico atual deve possuir um caráter social mínimo.

Ora, de todo desarrazoado parece que o ordenamento jurídico de um país que prima pelo regime democrático e que busca pelo bem estar social, à luz do processo de constitucionalização de seu Direito, como já aventado linhas acima, possa compactuar com a pura e simples acumulação de riquezas sob a forma de enriquecimento sem causa por parte de alguns poucos que detém poder econômico, em detrimento de uma maioria que se apresenta em posição de hipossuficiência em relação àqueles.

Vale ressaltar que não se pretende aqui defender a desconsideração de institutos como o *pacta sunt servanda* ou o direito a propriedade, mas apenas que estes possam ser menos rígidos em suas aplicações, admitindo prudente mitigação no caso concreto em que se verifique que a aplicação pura e simples traga demasiada onerosidade ao devedor e lucro desproporcional ao credor.

E é na *ratio* da função social dos contratos, priorizando a dignidade da pessoa humana e procurando dar soluções equitativas em casos onde antes se enxergava a resolução do contrato como única solução, que surge a teoria do adimplemento substancial como alternativa mais coerente com o viés constitucional incorporado à nossas normas.

Fazendo-se uma rápida digressão histórica, verifica-se que a *substancial performance* surgiu na Inglaterra, no século XVIII, fruto da necessidade que os Tribunais sentiram de relativizar o adimplemento exato de obrigações não cumpridas em sua totalidade, com o escopo de promover maior justiça a determinados casos que se apresentaram diferentes daqueles nos quais as regras existentes se encaixavam.

Segundo Paula Cunha Menezes Torres, em seu artigo “A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL”, a teoria, de forma gradual, se difundiu por outros países, atingindo parcela significativa dos ordenamentos jurídicos do mundo.

Em Portugal, por exemplo, é vedada a resolução do contrato nos casos em que o interesse do credor seja atingido por descumprimento parcial e de pouca importância. Semelhante é o caso da Itália, onde não se permite a resolução de contratos em que o inadimplemento experimentado seja de escassa importância (*inadempimento de scarsa importanza*).

O direito francês admite ser cabível apenas pedido de indenização nos casos em que a inexecução seja parcial ou de pouca gravidade, tendo o credor auferido parte significativa do que lhe cabia em contrato. Na Espanha apenas se admite a resolução nas situações em que o inadimplemento for substancial.

No Brasil, o primeiro nome a mencionar a Teoria do Adimplemento Substancial foi o do jurista Clóvis Couto Silva. Ela vem sendo utilizada principalmente, ainda que de forma bastante acanhada, após a promulgação da Constituição de 1988.

A teoria do adimplemento substancial prega que o contrato não deverá ser resolvido simplesmente pelo descumprimento da obrigação avençada por uma das partes, situação esta que deixaria o inadimplente refém do arbítrio do credor. Para essa teoria, antes de se pleitear a resolução do contrato, deve-se ponderar sobre a repercussão do descumprimento obrigacional na totalidade do contrato, ou seja, se a prestação não cumprida se mostrar insignificante em relação ao que já fora cumprido, dever-se-á preferir a condenação do devedor em perdas e danos.

Nesse sentido é o voto do ilustre Ministro do STJ, LUIS FELIPE SALOMÃO, no julgamento do Recurso Especial nº 1.051.270 – RS, *in verbis*:

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

No direito comparado, essa teoria é amplamente aceita. O art. 1455 do Código Civil italiano, por exemplo, proclama que 'o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tem escassa importância, resguardado o interesse da outra parte'. Regra análoga é encontrada no art. 802, n. 2, do Código Civil português de 1966: 'o credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo seu interesse, tiver escassa importância'.

E arremata:

É de se notar, portanto, que a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença quando viável e for do interesse dos contraentes. (Recurso especial Nº 1051270 - RS, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Luis Felipe Salomão, Julgado em 22/11/2007)

Deste julgado apreende-se que os critérios para utilização da teoria são a inexpressividade do valor que se encontra em mora, em relação ao total da obrigação, bem como a existência de interesse do credor em receber as prestações vencidas.

Percebe-se que a teoria visa limitar a faculdade de o credor resolver o contrato devido ao inadimplemento, possibilidade esta que pode ser por demais gravosa ao devedor, deixando a relação em desequilíbrio.

Não obstante inexistir positividade expressa da teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico pátrio, esta encontra fundamentação legal de validade nos princípios norteadores de relações e negócios jurídicos, entranhados em diversos pontos do Código Civil, a exemplo da vedação do abuso de direito (art. 187 do CC), dos princípios da função social dos contratos e boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do CC, respectivamente) e da vedação do enriquecimento sem causa (art. 884 do CC).

O adimplemento substancial, apesar de estar embasado em diversos fundamentos da legislação, não tem, com já dito, previsão legal. Trata-se, pois, no cenário brasileiro, de construção doutrinária e jurisprudencial, pouco aprofundada, repise-se, em que há a incidência num nível de adimplemento contratual tão próximo da integralidade obrigacional que daria azo à desconsideração da mora, ou, ao menos, a atenuação das suas consequências.

Paula Cunha Menezes Torres, apud Anelise Becker, afirma que:

Para BECKER (2006), o adimplemento substancial consiste em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspectivas. Por esta razão, mantém-se o contrato, concedendo-se ao credor o direito a ser ressarcido pelos defeitos da prestação, porque o prejuízo, ainda

que secundário, se existe deve ser reparado. (Torres, Paula Cunha Menezes. Op. Cit. P. 12)

Dada a alta carga de subjetividade existente na análise e aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no caso concreto, ante a ausência de previsão legal, tampouco de um critério eficiente na mensuração, verifica-se que a sua utilização deve se dar de forma casuística e complexa.

Entretanto, mesmo na escassez de critérios objetivos, alguns fatores devem ser observados quando da aplicação da teoria, quais sejam: a boa-fé objetiva na execução do contrato; o cumprimento expressivo do contrato; a insignificância do inadimplemento; a diligência por parte do devedor; a prestação realizada que atenda o negócio jurídico; a satisfação do interesse do credor; a ausência de enriquecimento sem causa e de abuso de direito, por ambas as partes.

Posto isso, atendendo o caso aos critérios acima dispostos, além de outros aspectos somente identificáveis caso a caso, dever-se-á, à luz da Teoria do Adimplemento Substancial, “resgatar” o contrato, permitindo o cumprimento pelo devedor, ao invés de se decretar a resolução do contrato automaticamente.

Todavia, vale lembrar que é de fundamental importância que a prestação ainda seja de interesse do credor, ainda que o descumprimento seja ínfimo, sendo a resolução do contrato sempre uma alternativa.

4 ACOLHIMENTO JURISPRUDENCIAL E REQUISITOS

Vencido o embasamento teórico essencial ao entendimento do assunto abordado, importante se faz analisar a jurisprudência a respeito, com escopo de identificar o modo com o qual os tribunais têm se posicionado acerca da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial.

Nesse sentido colaciona-se interessante julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio do Acórdão que decidiu apelação cível, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. SENTENÇA EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. É atentatório ao princípio da boa-fé a

busca e apreensão do bem cujo pagamento representa parte substancial do débito, considerando ser desproporcional em desfavor do consumidor.

(...)

Regularmente constituído o feito e presentes os pressupostos processuais subjetivos e objetivos, recebo o presente apelo e passo a apreciá-lo.

A decisão atacada julgou extinta a ação de busca e apreensão, por falta de interesse processual diante do adimplemento substancial.

Como o próprio Autor refere na petição inicial, já foram pagas 24 das 36 parcelas contratadas, tendo adimplido parte substancial do débito. Este Colegiado entende desproporcional a medida de apreensão do bem objeto de contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária nessas circunstâncias por ser atentatório ao princípio da boa-fé, considerando ser desproporcional em desfavor do consumidor.

(...)

Diante do exposto, nego provimento ao apelo. (Apelação cível Nº 70021762539, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dorval Braulio Marques, Julgado em 22/11/2007)

O julgado supra versa sobre contrato de alienação fiduciária avençado entre indivíduo e instituição financeira, no qual esta autorizou abertura de crédito para que aquele adquirisse um veículo dando, em contrapartida, o próprio bem como garantia, além de assumir o pagamento da obrigação num total de 36 prestações. Pagas 24 prestações, o alienado não adimpliu as prestações seguintes, ensejando por parte da financeira a proposição de ação de busca e apreensão do bem alienado e a resolução do contrato em decorrência da mora.

Extinta a ação sem resolução de mérito no primeiro grau, a financeira interpôs Apelação visando atacar a sentença desfavorável.

A turma decidiu, por seu turno, manter a decisão do juízo *a quo*, pelos seus próprios fundamentos, haja vista a desproporção de conceder mandado de busca e apreensão no caso, posto que já pagos dois terços das prestações referentes ao contrato.

De fato, levando-se em conta a alta carga de juros praticada nos contratos de alienação fiduciária, chegando, em determinados casos, a alcançar valores que beiram o valor do próprio bem, de se considerar desarrazoado promover-se a reintegração da posse ao alienante no caso em comento, visto que, provavelmente, as 24 prestações pagas correspondem, na prática, se não ao valor total do veículo, mas a valor próximo a esse.

A inversão da posse do veículo, além de importar em meio mais gravoso para o devedor na solução da contenda, por significar a perda do bem para o qual houve esforço para a aquisição, significaria verdadeiro enriquecimento sem causa por parte da financeira, uma vez que parte significativa do bem já fora paga, sendo o pagamento das parcelas em

aberto, cumulado com as perdas e danos que eventualmente tenha sofrido a solução mais equitativa, priorizando-se a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, através da promoção do desenvolvimento do indivíduo aliado à auferição de lucro por parte da instituição financeira.

Postas as considerações acerca deste julgado, advindo de Tribunal Estadual, passa-se a análise do posicionamento adotado no Superior Tribunal de Justiça em alguns de seus julgados, tal como o abaixo mencionado:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. FALTA DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. O CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO, COM A FALTA APENAS DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO, NÃO AUTORIZA O CREDOR A LANÇAR MÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO, EM LUGAR DA COBRANÇA DA PARCELA FALTANTE. O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO PELO DEVEDOR NÃO AUTORIZA AO CREDOR A PROPOSITURA DE AÇÃO PARA A EXTINÇÃO DO CONTRATO, SALVO SE DEMONSTRADA A PERDA DO INTERESSE NA CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO, QUE NÃO É O CASO. NA ESPÉCIE, AINDA HOVE A CONSIGNAÇÃO JUDICIAL DO VALOR DA ÚLTIMA PARCELA. NÃO ATENDE À EXIGÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA A ATITUDE DO CREDOR QUE DESCONHECE ESSES FATOS E PROMOVE A BUSCA E APREENSÃO, COM PEDIDO LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

(...)

A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato. O deferimento de sua pretensão permitiria a retenção dos valores já recebidos e, ainda, obter a posse do veículo, para ser revendido nas condições que todos conhecemos, solução evidentemente danosa ao financiado. (Resp. Nº 272.739 MG, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 01/03/2001.)

Trata o caso acima de ação de busca e apreensão de bem, mais especificamente de um veículo, promovida por instituição financeira em face de pessoa física sob a alegação de que este estaria inadimplente quanto à prestação avençada em contrato de alienação fiduciária firmado entre ambos, com o intuito de promover a compra do referido bem, tendo o mesmo como garantia.

O demandado, em sede de contestação, sustentou que o inadimplemento suscitado compreendia a última prestação do contrato, e que a mesma teria sido paga por meio de depósito feito em juízo em ação de consignação em pagamento promovida por ele contra a financeira.

Julgado improcedente o pedido em primeira instância, o autor apelou, tendo a Sétima Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negado provimento ao recurso, por entenderem a maioria dos julgadores que a existência de consignação em pagamento impediria a constituição em mora do devedor, carecendo a busca e apreensão de elementos imprescindíveis à sua perfectibilização. Rejeitados também os embargos infringentes propostos, pelos mesmos motivos.

Na apreciação do Recurso Especial, a Quarta Turma não conheceu do recurso, por entender que a extinção do contrato por inadimplemento somente quando a mora causa dano de amplitude suficiente a tornar o recebimento da prestação desinteressante. Dessa forma, usar o inadimplemento ocorrido no caso como causa ensejadora da resolução do contrato iria de encontro ao disposto na Teoria do Adimplemento Substancial.

Analisando a *ratio decidendi* sob a ótica constitucional, verifica-se que estão os fundamentos utilizados pela Corte Superior em perfeita consonância com os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da dignidade da pessoa humana.

O contrato teve apenas a sua última prestação descumprida e, ainda assim, o devedor, diligentemente, diante da recusa do credor em aceitar o pagamento, promoveu a consignação em pagamento do valor restante. Este fator, por si só, é suficiente para atestar sua boa-fé na relação contratual. Além disso, em sendo o inadimplemento ocorrido apenas na derradeira prestação, há de se considerar, levando-se em conta os juros praticados no mercado de crédito, que o valor inicial do contrato há muito já havia sido quitado pelo devedor, tratando-se a prestação vencida, desta feita, de puro ágio pago ao credor.

Nesse diapasão, pode-se afirmar seguramente que a avença foi substancialmente adimplida, sendo a resolução do contrato à essa altura extremamente danosa ao devedor.

Noutro pórtico, a atitude do credor de não aceitar o valor consignado e, não satisfeito, ainda propor ação de busca e apreensão do bem dado em garantia, mesmo sabendo se tratar do inadimplemento da última parcela, caracteriza profunda ofensa à boa-

fé objetiva e à função social dos contratos, por restar claro o enriquecimento sem causa acaso sua pretensão fosse acolhida.

Ademais, em sendo o credor agente financeiro, evidente que seu interesse é no sentido de que sejam os pagamentos realizados em pecúnia, que é a mercadoria utilizada por essas instituições, o que deixa ainda mais patente que a cobrança do restante da dívida, de caráter ínfimo, repise-se, e de eventuais danos sofridos é, além de menos danosa ao devedor, menos burocrático para a solução da lide, uma vez que a alienação do bem traria uma série de novas complicações e despesas, que trariam ainda mais prejuízos.

Não é demais lembrar que um dos objetivos da aplicação do princípio da função social dos contratos é promover maior equidade nas relações contratuais, através de um maior amparo àquela parte que se mostra hipossuficiente quando da realização do negócio jurídico, o que é extremamente comum nas relações de consumo como as ora relatadas.

Afim de consolidar as acepções adquiridas até então, faz-se necessário colacionar mais um interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, no qual está abaixo transcrita a ementa, *verbis*:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. DEFERIMENTO LIMINAR. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. NÃO VIOLA A LEI A DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO CONSIDERANDO O PEQUENO VALOR DA DÍVIDA EM RELAÇÃO AO VALOR DO BEM E O FATO DE QUE ESTE É ESSENCIAL À ATIVIDADE DA DEVEDORA. RECURSO NÃO CONHECIDO.
(...)

No caso dos autos, para indeferir o pedido liminar de busca e apreensão, o Magistrado levou em conta o fato de ser o valor do inadimplemento muito inferior ao do bem (menos de 20%, cf. fls. 24/25; fl. 40). Outrossim, consta do despacho de fl. 57 que os bens cuja apreensão persegue o recorrente são essenciais à continuidade das atividades da empresa, por se tratar de maquinário próprio a sua atividade produtiva. Portanto, considerando essas circunstâncias, a decisão da egrégia Câmara de manter o indeferimento da liminar de busca e apreensão dos bens não violou o art. 3º do DL 911/69, tampouco divergiu do REsp 165.686, que tem particularidade fática distinta, pois tratava de inadimplemento superior a um ano. Assim, acredito que as especificidades do caso não autorizavam a busca e apreensão dos bens. (Resp. Nº 469.577 SC, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 25/03/2003.)

Versa o presente caso, assim como os outros aqui expostos, sobre contrato de alienação fiduciária entre instituição financeira e particular, tendo o bem fruto da alienação como garantia, no qual houve inadimplemento por parte do último, ensejando por parte do alienante a promoção de ação de busca e apreensão com fito de inverter a posse do bem dado em garantia.

Nesse caso em particular, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Santa Catarina negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela instituição financeira, afastando a hipótese de concessão de liminar ordenando a busca e apreensão do bem.

Inconformada, a instituição financeira interpôs Recurso Especial, apontando a negativa de vigência ao art. 3º do DL 911/69 e a divergência com o Resp. 165.686, que decidiu dever ser concedida a liminar de busca e apreensão desde que configurada a mora.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, não conhecer do recurso, por concordar com as razões expostas pelo magistrado que indeferiu o pedido liminar de busca e apreensão do bem. O referido magistrado considerou que o valor do inadimplemento era bem inferior ao do bem (menos de 20%), além do fato de este se tratar de ferramenta própria usada na sua atividade produtiva, sendo assim essencial.

No caso em apreço, evidente que a concessão da busca e apreensão desproporcional aos danos sofridos pelo inadimplemento. Ora, o valor do bem em questão excede em muito o da dívida, o que por si só caracterizaria enriquecimento sem causa por parte da instituição financeira.

A relação entre o valor pago e o valor em mora deixa clara a incidência de adimplemento substancial do contrato, impedindo a inversão da posse do bem e, conseqüentemente, a resolução do contrato. Tais medidas trariam prejuízo demasiado ao devedor, o que leva a concluir que cabível apenas a cobrança dos valores em mora e de eventuais danos sofridos em decorrência desta.

Ademais, o fato de o bem ser ferramenta utilizada no desempenho de sua atividade produtiva implica que sua apreensão importaria na dificuldade do devedor em prover seu sustento. Inegável que tal efeito constitui não só afronta direta ao princípio da função social dos contratos, mas atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que priva o particular de seu meio de

sustento em virtude de disposição contratual, havendo meios diversos aptos a se contornar o impasse.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da constitucionalização do Direito, não obstante bastante aceito e amplamente empregado no ordenamento jurídico pátrio, ainda encontra resistência entre os mais conservadores. A nova valoração dada aos princípios de caráter social dada por esse movimento traz a baila discussões acerca de segurança jurídica.

Inserida doutrinaria e jurisprudencialmente no cenário brasileiro em decorrência da abertura trazida pela constitucionalização está o tema central em discussão neste artigo, qual seja, a Teoria do Adimplemento Substancial.

Esta teoria, muito embora amplamente aplicada em outras nações, em muitas das quais há previsão legal para sua aplicação, com já exposto, ainda encontra certa resistência em sua abordagem no Direito pátrio, tanto na doutrina quanto na prática.

Quanto a aplicabilidade em situações concretas, muitos atribuem o uso acanhado à falta de positivação, diferentemente dos casos no Direito comparado. Para outros, a segurança jurídica restaria prejudicada, em decorrência da mitigação das garantias antes inabaláveis conferidas ao credor.

Contrapondo as críticas acima, não se faz necessária a positivação deste instituto para que haja plena aplicabilidade, considerando que se trata de teoria de ampla consonância com a legislação vigente, tendo seus pilares de sustentação, quais sejam, dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva, função social dos contratos, vedação ao enriquecimento sem causa, previsão constitucional e na legislação infra.

Quanto a segurança jurídica, tem-se que a inserção dessa teoria, ao contrário do que argumentam os críticos nesse sentido, tem o escopo de fomento nesse âmbito, na medida em que equilibra as relações jurídicas nos momentos de crise.

Claro está que a Teoria do Adimplemento Substancial será de grande utilidade nas relações contratuais e de consumo no aspecto geral, em virtude do

novo leque de possibilidades de resoluções de conflitos que abriu. Será importante ferramenta na busca incessante pela justiça contratual.

Deve-se ter em mente que o princípio da *pacta sunt servanda*, e até mesmo o direito a propriedade, não podem ser absolutos, sobretudo se contrapostos com princípios maiores como o da dignidade da pessoa humana e o da boa-fé. Nos dias atuais, regidos pela ótica neoliberal, onde o Estado interfere esporadicamente nas relações privadas intencionando promover o bem-estar dos indivíduos, este instituto, já tratado por alguns até mesmo como princípio, mostra-se de grande valor como mecanismo de justiça.

Não se pode admitir numa sociedade com o grau de desenvolvimento que alcançamos na atualidade que um dos polos da relação contratual se beneficie desarrazoadamente em virtude das disposições legais, em detrimento da outra parte, fada a amargar vultuoso prejuízo.

É inegável que sua aplicação deverá ser feita de modo prudente e criterioso, para que se possa diminuir a onerosidade da resolução das contendas, e não aumentá-la.

Devido à alta carga subjetiva da teoria, a aplicação deve ser casuística, sendo impossível atribuir uma fórmula ou receita onde se elenquem todas as situações que se enquadrem no seu raio de alcance.

Apesar da dificuldade encontrada a Teoria do Adimplemento Substancial deve ser aplicada com maior frequência em nossos Tribunais, como forma de se priorizar as relações sociais e dar maior equilíbrio aos negócios jurídicos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Andeirson da Matta. **A Teoria do Adimplemento Substancial e a Prisão Civil do Devedor de Alimentos**. 2010. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/452/teoria%20adimplemento_barbosa.pdf?sequence=3>. Acessado em: 11 abr. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, número 9, 2007.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **A Responsabilidade Civil e a Hermenêutica Contemporânea: uma nova teoria contratual?** Disponível em: <<http://www2.prmg.mpf.gov.br/producao/artigos/Dr%20Felipe/A%20responsabilidade%20civil%20e%20a%20hermeneutica%20contemporanea.pdf>>. Acessado em: 23 mar. 2014.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Obrigações**. São Paulo: Saraiva, volume II, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, volume IV, Tomo 1, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos em espécie**. São Paulo: Saraiva, volume IV, Tomo 2, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Obrigações**. Salvador: Jus Podivm, volume 2, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Contratos**. Salvador: Jus Podivm, volume 4, 2012.

LEITE, Rodrigo Costa Rodrigues. **Teoria do Adimplemento Substancial ou do Inadimplemento de Escassa Importância: Reflexos da Boa-fé Objetiva**. Natal: Revista Direito e Liberdade, volume 11, nº 2 p. 231 -252, jul-dez, 2009.

LIMA, Aliciene Bueno Antochaves de. **A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Boa Fé Objetiva**. Santa Maria: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, volume 2, p. 75-84, 2007.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Contornos do inadimplemento absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **A Teoria do Adimplemento Substancial**. Porto Alegre: Revista Fonte do Direito, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**: estudos sobre a Constituição. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORRES, Paula Cunha Menezes. **A Teoria do Adimplemento Substancial**. Rio de Janeiro, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2009.