

LIBERTAS FACULDADES INTEGRADAS

ELIZANGELA APARECIDA EUGENIO VARA

Teoria do adimplemento substancial aplicada em contratos de alienação fiduciária em garantia
de bens móveis

SÃO SEBASTIÃO DO PARAÍSO

2020

ELIZANGELA APARECIDA EUGENIO VARA

**Teoria do adimplemento substancial aplicada em contratos de alienação fiduciária em
garantia de bens móveis**

Projeto de Pesquisa apresentado à - Libertas
Faculdades Integradas para obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientadora: Maria do Carmo Lopes Toffanetto
Rossito Bassetto

Linha de pesquisa: Direito, Estado e Sociedade

SÃO SEBASTIÃO DO PARAÍSO

2020

Elizangela Aparecida Eugenio Vara

Teoria do adimplemento substancial aplicada em contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis

Projeto de Pesquisa apresentado à - Libertas
Faculdades Integradas para obtenção do título
de bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Direito, Estado e Sociedade

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. (a): Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossito Bassetto

Instituição: Libertas Faculdades Integradas

Assinatura: _____

Prof. (a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof. (a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, por toda a força e determinação durante esta longa caminhada;
a todos os professores do curso, pois foram muito importantes na minha vida acadêmica e
contribuíram no desenvolvimento desta monografia;
à professora Maria do Carmo, por toda a orientação, sem a sua paciência e incentivo a conclusão
deste trabalho não seria possível;
e a minha família e amigos, que acreditaram em mim para que eu chegasse com êxito nesta
etapa da minha vida. Com todo o apoio e carinho, não mediram esforços para me ajudar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço este trabalho a Deus, fonte ininteligível de paz e amor, sem Ele não terminaria esta jornada tão importante.

A minha família, pelo apoio constante.

Aos amigos e colegas, que de alguma forma me ajudaram nesta caminhada.

E por fim, a minha orientadora, Maria do Carmo, cujo incentivo foi de grande importância para mim.

“A persistência é o caminho do êxito.”

Charles Chaplin

RESUMO

VARA, Elizangela Aparecida Eugenio. **Teoria do adimplemento substancial aplicada em contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis**. 2020. 55 f. Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Libertas – Faculdades Integradas, São Sebastião do Paraíso, MG.

O presente trabalho tem por objetivo estudar o instituto do contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis da Lei n. 13.043/14, seu conceito e evolução ao longo da história, seu surgimento e origens, especificações, natureza e elementos jurídicos, e características. Este instrumento jurídico se dá através de compra e venda de um bem entre devedor fiduciante e credor fiduciário, de forma que a posse direta seja transferida ao devedor e a posse indireta ao credor, para que haja o cumprimento das obrigações aquisitivas. Atualmente, há uma enorme facilidade de crédito no mercado no que se refere à aquisição de bens móveis, e consequentemente, um maior número de contratos de alienação fiduciária. Este aumento dos pactos fiduciários faz com que o número de contratantes em situações inadimplentes também cresça, causando um rompimento nas obrigações contratuais, e desse modo, o bem negociado pode ser cobrado ou reavido com o devedor através da instituição financeira. A prática do instituto da alienação fiduciária estabelece-se através do Decreto-Lei n. 911/69 e é aplicado amplamente em relações consumeristas que envolvem acordos de financiamento. Surge então a busca e apreensão de bens móveis. Conforme estabelecido pela referida norma, quando houver mora comprovada por parte do devedor, o credor pode requerer medida liminar e apreensão do bem alienado. Apesar das consequências que decorrem da insatisfação absoluta da dívida contraída nos acordos sejam claras, há alguns momentos em que a extinção contratual acarrete abuso de direito, confrontando os princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos, devido à grande monta de débito já ter sido paga, de forma que reste apenas parcela insignificante concretizada em mora *solvendi* justificável. A teoria do adimplemento substancial pretende assegurar a suspensão da busca e apreensão diante do adimplemento de maior parcela do contrato. Ela assegura a vedação da resolução do contrato visando os princípios que o fundamentam, quando a obrigação não é cumprida pelo devedor de forma plena, porém, aproxima-se deste resultado final.

Palavras-chave: Adimplemento substancial; Alienação fiduciária; Credor fiduciário; Devedor fiduciante.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS.....	11
1.1 CONCEITOS HISTÓRICOS E SURGIMENTO.....	11
1.2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	14
1.3 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA	16
1.3.1 Desdobramento da posse	17
1.3.2 O constituto possessório	18
1.3.3 A propriedade resolúvel.....	17
1.3.4 Patrimônio da afetação	18
1.4 NATUREZA JURÍDICA	18
1.5 ESPECIFICAÇÃO, ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS.....	19
CAPÍTULO 2 A MORA DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS	22
2.1 DA MORA	22
2.1.1 Definição	22
2.1.2 Espécies	23
2.1.3 Constituição da mora nas dívidas provindas da alienação fiduciária	26
2.1.4 Efeitos.....	27
2.2 CONSEQUÊNCIAS DA MORA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA... ..	28
2.2.1 Decreto-lei 911/69 e a retomada do bem pelo credor fiduciário através da ação de busca e apreensão	28
2.2.2 Possibilidade de Conversão em ação de execução	31
CAPÍTULO 3 TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E PRESERVAÇÃO DO BEM ALIENADO NA POSSE DO DEVEDOR FIDUCIANTE	33
3.1 CONCEITOS HISTÓRICOS	33
3.2 MECANISMOS SUPRALEGAIS QUE NORTEIAM O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.....	36
3.2.1 Boa-fé objetiva	36
3.2.2 Função social do contrato	38
3.2.3 Princípio da autonomia de vontade ou da autonomia privada.....	39
3.2.4 Princípio da proporcionalidade.....	40
3.2.5 Princípio da razoabilidade	42
3.3 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO	44
3.4 EFEITOS JURÍDICOS.....	48
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

A alienação fiduciária em garantia é um instituto jurídico que tem como conceito um direito real de garantia sobre bem próprio, como se pode entender do recente artigo n. 1.368-B do Código Civil de 2002, disposto na Lei n. 13.043, de 13 de novembro de 2014.

O contrato de alienação fiduciária em garantia é instrumento jurídico em que há compra e venda de um bem entre as partes. A posse direta transfere-se ao devedor fiduciante, e a posse indireta e a propriedade resolúvel é transmitida ao credor fiduciário para que seja assegurado o total cumprimento das obrigações aquisitivas.

Através do Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, estabelece-se a prática do instituto da alienação fiduciária no que se refere a bens móveis, aplicado de forma ampla em relações consumeristas que envolvem acordos de financiamento.

A norma estabelece que quando houver mora por parte do devedor comprovada no pagamento das prestações financiadas, o credor poderá requerer medida liminar e apreensão do bem alienado. Esta providência deferida e executada, se a parte que deve não pagar em cinco dias o valor total do débito contratado, a propriedade e a posse plena e exclusiva do produto se consolidará no patrimônio do credor.

Contudo, embora as consequências que decorrem da insatisfação absoluta da dívida contraída nos acordos sejam claras e, no entanto, a possibilidade de resolução do contrato através do credor fiduciário perante o inadimplemento do devedor fiduciante ser expressa e adequada com a legislação pátria, como se vê no artigo n. 475 do Código Civil¹, compreende-se haver determinados momentos em que a extinção contratual acarretaria abuso de direito, confrontando os princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos, por causa de grande monta de débito já ter sido paga, de forma que reste apenas parcela insignificante concretizada em mora *solvendi* justificável.

Sendo assim, o presente trabalho tem por objetivo a determinação de limites ao direito potestativo de anulação dos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis em virtude do inadimplemento mínimo da obrigação principal.

Há situações em que o devedor fiduciante, apesar de demonstrar caráter fiel, por algum motivo justo não consegue completar o pagamento de sua obrigação, mesmo já tendo quitado a maior parte da dívida. Sendo assim, tem-se adotado a teoria do adimplemento

¹Código Civil, art. 475. “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. (BRASIL, 2002)

substancial, com suas origens no direito anglo-saxônico, que tem por intuito impor medida de sacrifício àquele que cumpriu quase toda a sua obrigação e permitir ao credor fiduciário procurar receber seu crédito por meio de tutelas adequadas.

No capítulo um, analisa-se o contrato de alienação fiduciária e garantia de bens móveis em seus conceitos históricos, distinguindo-o da propriedade fiduciária e classificá-lo, analisando sua natureza jurídica, especificações e características.

No capítulo dois, aborda-se o instituto da mora, sua definição, espécies, modo de constituição da mora em dívidas provindas da alienação fiduciária, e as consequências que apresenta em relação ao não cumprimento das obrigações assumidas pelo devedor.

No terceiro capítulo, vê-se a teoria do adimplemento substancial, bem como seu conceito histórico e fundamentos, e os mecanismos supraleais que norteiam esta teoria.

Este trabalho foi desenvolvido a partir do método dedutivo de pesquisa, iniciando dos conceitos gerais de contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, mora e princípios fundamentais para a manutenção da ordem civil-contratual. Abordando a aplicação da teoria do adimplemento substancial que impede a extinção dos contratos supracitados quando necessário em algumas situações específicas em que o devedor fiduciante está impossibilitado do cumprimento total de sua obrigação.

No mais, serão examinadas as técnicas documental e bibliográfica, apresentando documentos oficiais, como textos legislativos (Código Civil e Decreto-Lei n. 911/69), entendimentos das várias instâncias do Brasil, e tomando por base as abordagens da temática feitas em livros, artigos, etc.

CAPÍTULO 1 DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS

O capítulo pretende estudar o instituto do contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, a sua conceituação e evolução histórica, seu surgimento, natureza jurídica, especificação, elementos jurídicos e características.

1.1 CONCEITOS HISTÓRICOS E SURGIMENTO

Para se entender o que significa o Contrato de Alienação Fiduciária de bens móveis, é relevante que se efetue uma análise histórica no que se concerne à origem deste instituto jurídico.

Conforme a etimologia da palavra fidúcia, ela advém de “confiança”, do latim *confidere*. Caracteriza-se por se transferir alguma coisa à outra pessoa através de um acordo pelo qual o adquirente de um bem é obrigado a restituir ao alienante, depois de encerradas as causas que motivaram a venda ao fim de certo período. (FERNANDES, 2011, p. 171)

Sobre bem móvel, Mello (2017, p. 416) dispõe: “Os bens móveis são aqueles que podem ser deslocados ou removidos de um lugar para o outro sem alteração de sua substância ou de sua destinação econômico-social”.

Portanto, a pessoa devedora de uma obrigação (fiduciante), com intenção de garantir o pagamento ao credor (fiduciário), transfere a esta pessoa a propriedade de um bem móvel que lhe pertence, com a certeza de que esta propriedade lhe será restituída quando houver o pagamento da obrigação garantida. Dito isto, após o pagamento desta obrigação, a propriedade deve ser devolvida ao devedor, e para isso, é preciso que haja confiança.

A alienação Fiduciária com garantia mostra-se como instituto jurídico real, com suas origens históricas remetendo-se ao Direito Romano. Antigamente, na Era Romana, a alienação fiduciária tinha outro conceito e finalidade. (PEREIRA, 2012, p. 361)

Como visto acima, fidúcia é o contrato de confiança entre pessoas que passam os seus bens a outras com a intenção de protegê-los por algum motivo, confiando na devolução deste bem a partir do momento em que o proprietário ache que não é mais necessária esta medida de precaução. Porém, antes ela não tinha a finalidade de garantia. Era conhecida por *fiducia cum amico*, que é quando uma pessoa acautelava seus bens contra circunstâncias ocasionais, como mostra Pereira:

[...] a *fiducia cum amico* [...] permitia a uma pessoa acautelar seus bens contra circunstâncias aleatórias (ausência prolongada, viagem, risco de perecer na guerra, perdas advenientes de eventos políticos). Efetivava o fiduciante a sua alienação a um amigo, com ressalva de lhe serem restituídos após passado o perigo. (PEREIRA, 2012, p. 361-362)

Percebe-se, então, que nesta época a relação era construída especialmente por companheirismo e fidelidade, ou seja, não existia ainda credor e devedor, por isso é uma modalidade de contrato de confiança.

Ao longo dos tempos, esta modalidade se transformou e passa a ser *fiducia cum creditore*, em que o devedor transfere a sua propriedade do bem ao credor até que sua dívida fosse paga. Esta modalidade desempenhava a mais significativa espécie da fidúcia, uma vez que era associada com os direitos reais de garantia. Gonçalves (2012, p. 434) diz: “O devedor transferia, por venda, bens seus ao credor, com a ressalva de recuperá-los se, dentro em certo tempo, ou sob dada condição, efetuasse o pagamento da dívida”.

Então, da obrigação do fiduciário nascia o *pactumfiduciae*, que tinha por papel acompanhar o ato de transferência do domínio. Os atos formavam apenas um negócio. O fiduciante podia obter restituição da coisa e sancionar toda a violação do *pactumfiduciae*, através do *actiofiduciae contraria*. Esta ação era, primeiramente, *in factum*. Depois, *ius* e de boa-fé. Tida como uma ação infamante, que se opunha à *actiofiduciae contraria*, ou seja, a favor do fiduciário, com a intenção de ter o bem que foi entregue em locação ou precário. Isso se devia a um pacto no qual uma das partes concedia a posse de uma coisa ou o exercício de um direito à outra pessoa, obrigando a concedente a restituir a coisa ou acabar com o exercício do direito, quando assim o achasse melhor. No direito pós-clássico, o precário tornou-se um contrato sancionado por uma *actiopraescriptisverbis*, mas antes disso, a forma do concedente ter direito a restituição desta coisa era através do *interdictum de praecario*.

No último acordo havia duas ações diferentes: uma de alienação, *mancipatio* ou *iurecessio*, e a outra de retorno condicional ao devedor, *pactumfiduciae*. Se o pagamento da dívida não acontecesse, o credor fiduciário possuía sanção moral (*fides fiducia*). Depois, ela passa a ser uma ação específica (*actiofiduciae contraria*).

Têm-se no atual Ordenamento Jurídico, então, outros institutos considerados influenciadores da alienação fiduciária com garantia. O *trust receipt* (conhecido também por *letter trust*) e o *chattel mortgage*, advindos do *common law* vigentes nos países anglo saxônicos e norte-americanos.

Segundo Alves (1973, p. 32), o *trust receipt* se notabiliza por permitir o financiamento da compra de mercadorias, como por exemplo, matéria prima, bens de consumo e produtos industrializados, em uma relação que envolve vendedor, comprador e financiador.

Sobre o *letter of trust*, Alves diz:

(...) a mercadoria passa, diretamente, da propriedade do vendedor para a do financiador, que a entrega ao comprador (beneficiário do financiamento), recebendo deste um documento (*trust receipt*) no qual, por via de regra, se declara que o comprador possui, em nome do financiador (que pode verificar o uso a ser feito com a coisa, retomando-a a qualquer tempo), a mercadoria adquirida, que será, posteriormente, alienada pelo comprador, para, como o produto da venda, ser pago o valor do financiamento. (ALVES, 1973, p. 32)

Sobre o *chattel mortgage*, Alves explica:

(...) a propriedade legal (*legal property*) da coisa móvel é transferida ao credor mediante um *bill of sale* (ato de venda) que – devidamente atestado por uma testemunha digna de fé – deve ser, sob pena de nulidade, dentro de sete dias, a contar da data da assinatura, inscrito, na Inglaterra, no *Bill of Sale Department* da Suprema Corte, e, em alguns Estados norte-americanos que exigem a inscrição, em registros especiais. O devedor fica, porém, com a propriedade substancial (*equitable property*) e a posse da coisa, e, se pagar o débito, recupera a propriedade legal dela; caso contrário, o credor, pelo direito comum, se torna proprietário pleno da coisa. (ALVES, 1973, p. 36-37)

De acordo com a edição da Lei do Mercado de Capitais, na lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965 (BRASIL, 1965), dá-se o ingresso da Alienação Fiduciária nos textos legislativos nacionais. A partir daí estabeleceu-se meio de facilitação ao crédito ocasionando o desenvolvimento das relações consumeristas, uma vez que o país passava por momentos de intempéries econômicas, bem como, recessão, altos índices de inflação e produção industrial negativa.

Este favorecimento concedeu maior plasticidade ao negócio de capitais que reduziu os riscos operacionais, uma vez que este favorecimento permitiu o aumento dos tratos de consumo e da faixa de funcionamento das instituições financeiras. Dessa forma, compradores, antes marginalizados no mercado consumidor, tiveram uma maior abertura do crédito ao cidadão, que não teriam em condições normais, o que acarretou em uma maior capacidade aquisitiva a eles. Estes compradores passaram a poder compor o mercado consumidor, tendo em conta o consentimento em médio prazo que lhes fora permitido para a efetuação de certas compras. Esta medida evitou a recessão e facilitou a própria industrialização, em especial no campo de automóveis e eletrodomésticos. (NETO, 1976, p. 54)

Ainda de acordo com o artigo da lei n. 4.728/65, estabeleceu-se que nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bens móveis o poder da coisa alienada ficaria com o credor até que a dívida fosse paga, de forma que o devedor assumia as responsabilidades de depositário. (BRASIL, 1965)

Contudo, com a participação crescente das instituições financeiras, houve uma preocupação definida por parte do legislador que lhes conferiu uma maior proteção contra ocasional inadimplência dos devedores.

Conforme dispõe o Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969 (BRASIL, 1969), as regras materiais e processuais assecuratórias da alienação fiduciária em garantia procuraram ser aperfeiçoadas, e dessa forma, estabeleceu-se, dentre outras medidas, a ação de busca e apreensão do bem alienado movida pelo credor fiduciário diante do devedor fiduciante. Este Decreto-Lei foi alterado pela Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004, e atualmente, pela Lei n. 13.043, de 13 de novembro de 2014. No Código Civil Brasileiro, na Lei n. 10.406/02, têm-se os artigos 1.361 a 1.368-B que dispõe acerca do tema.

1.2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A alienação fiduciária em garantia trata-se de um negócio jurídico em que o fiduciante, a fim de se ter garantia, contrata a transferência da propriedade resolúvel da coisa ao fiduciário.

De acordo com o Código Civil de 2002, na Lei n. 10.406/02, em seu artigo n. 1.361, fiduciária é:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária. (BRASIL, 2002)

A última redação do artigo 66, *caput* da Lei n. 4.728/65 dispõe:

Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas

(sic) as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. (BRASIL, 1965)

A ideia de fidúcia aponta para a transferência de algo a outrem, equiparando-se à translação da titularidade do bem, de forma com que se transmita a plena titularidade do direito.

Através da alienação fiduciária, temos o desdobramento da posse, em que ocorre esta transferência do bem móvel entre o fiduciante e o fiduciário, sendo o bem móvel a garantia do pagamento para o fiduciário, e o fiduciante permanece com a posse direta da coisa.

Para Mello, o contrato de alienação ocorre quando:

O devedor transfere a propriedade da coisa ao credor, permanecendo como possuidor direto. O devedor tem a posse direta da coisa, portanto, ele não se desfaz da posse (a coisa não se transfere fisicamente ao credor). E o credor (fiduciário) passa a ser o titular da propriedade resolúvel, mantendo a posse indireta. (MELLO, 2017, p. 371)

Para Fernandes, a alienação garantida por fidúcia é um negócio jurídico bilateral, por ocorrer quando o credor se apodera de uma propriedade resolúvel e a posse indireta de um bem, que serve de garantia de um financiamento feito pelo devedor, que possui a posse direta deste bem. (FERNANDES, 2011, p. 168-169)

Mello, sobre contrato bilateral, diz:

Este contrato apresenta obrigações recíprocas e interdependentes, já que ambas as partes contratantes possuem obrigações. Cada um dos contratantes é credor e devedor da outra parte. O adquirente deve pagar o preço e o alienante deve entregar a coisa. (MELLO, 2017, p. 104)

Os bens móveis podem ser divididos em três aspectos: 1. Acessão física; 2. Intelectual; e 3. Disposição legal. Por acessão física, o bem móvel possui movimento próprio ou de remoção por natureza, também chamado de bens semoventes. Como exemplos têm-se: o gado, cavalo, etc. Os bens móveis por intelectual são os bens incorporados ao solo, com o intuito de serem destacados e transformados em móveis, por exemplo, as árvores que, posteriormente, serão convertidas em lenhas. E por fim, os bens móveis por disposição legal são os bens determinados pela lei, considerados móveis para que se submetam ao regime dos bens móveis.

Ainda conforme a lei 10.406/02, o artigo 83 do Código Civil diz que:

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I – as energias que tenham valor econômico;

II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. (BRASIL, 2002)

Desta forma, como exemplo de energias com valores econômicos, têm-se energia elétrica, por exemplo. Para o item II, o penhor. E por fim, para o último item, ações de sociedade mercantil.

1.3 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

A alienação garantida por fidúcia tem por característica ser um meio de garantia real que tem por intuito garantir o cumprimento de um determinado contrato, visando garantir o pagamento da obrigação de compra a venda financiada. (FERNANDES, 2011, p. 168)

Viu-se anteriormente que é considerado um negócio jurídico bilateral. Ou seja, ocorre quando o credor adquire propriedade e posse indireta do bem, de forma com que sirva de garantia feita pelo devedor, que possui a posse direta do bem, apenas sendo resolvido no momento em que há o total pagamento da dívida garantida. O acordo pode ser feito por pessoa jurídica e pessoa física, que devem dispor de garantia genérica para todos os atos da vida civil, bem como, ser capaz de dispor de bens. (FERNANDES, 2011, p. 168-169)

De acordo com Fernandes: “Podem ser objeto de propriedade fiduciária os bens móveis, duráveis e inconsumíveis, notadamente os infungíveis, como no exemplo de um automóvel”. (FERNANDES, 2011, p. 169)

Segundo o artigo 82 do Código Civil de 2002, de acordo com a lei n. 10.406/02: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”. (BRASIL, 2002)

Ou seja, são considerados bem móveis aqueles bens que são passíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia de forma que isso não modifique a sua substância ou destinação econômica, como por exemplo, eletrodomésticos ou eletroeletrônicos, automóvel, etc.

Sua forma de constituição deve ser através de escritura pública ou por instrumento privado, devidamente armazenado no Registro de Títulos e Documentos.

Este assunto, estudado por muitos doutrinadores clássicos e contemporâneos, é coincidentemente colocado na mesma posição ao distinguir a alienação fiduciária em garantia e propriedade fiduciária. A alienação fiduciária seria o instrumento contratual que busca a formação da garantia fiduciária, a propriedade fiduciária seria a própria garantia. Ou seja, o contrato, neste momento típico e nominado, chama-se Alienação Fiduciária, à medida que a garantia é a propriedade fiduciária.

A propriedade fiduciária caracteriza-se por quatro ocorrências: o desdobramento da posse; o constituto possessório; a propriedade resolúvel; e o patrimônio de afetação.

1.3.1 Desdobramento da posse

Fernandes, sobre isso, diz:

O desdobramento da posse: essa bipartição da posse decorre da transferência da propriedade fiduciária do bem para o credor; é dizer, o credor fiduciário tem a posse indireta da coisa, mas com propriedade limitada, uma vez que o uso e a fruição se encontram com o devedor fiduciante. (FERNANDES, 2011, p. 170)

O desdobramento da posse acontece quando o proprietário transfere o poder de fato sobre uma coisa, de forma que, mesmo não tendo mais a coisa, continue sendo possuidor indireto.

1.3.2 O constituto possessório

Farias e Rosendal (2008 apud FERNANDES, 2011) dispõem que o constituto possessório é: “uma inversão no título da posse do objeto, pela qual o fiduciante que o detinha, na qualidade de proprietário (em nome próprio) continua a mantê-lo, só que agora na condição de depositário (em nome alheio)”.

O constituto possessório é decorrente em virtude da cláusula *constituti*, em que, através do alienante (vendedor) há a transmissão da posse da coisa ao nome do comprador, porém, a pessoa continua a deter o bem. O novo proprietário tem a posse indireta. (FERNANDES, 2011, p. 170)

1.3.3 A propriedade resolúvel

A propriedade resolúvel se dá quando há a constituição com o fito de garantia, ou seja, é a forma da propriedade do fiduciário. Devido à transferência do bem ao credor fiduciário, estabelece-se a volta da propriedade ao devedor fiduciante. Com esta condição, a titularidade do bem é recobrada, e posteriormente resgatada em favor do alienante, a partir do momento em que a dívida é quitada completamente, com a competente averbação do título em cartório. (FERNANDES, 2011, p. 170)

A propriedade resolúvel encontra-se em seu título constitutivo em que as partes definem uma condição resolutiva. Com esta condição em operação, acontecerá o término do direito.

1.3.4 Patrimônio da afetação

O patrimônio de afetação é uma forma de tutelar a circulação da propriedade, caracterizando-se em uma restrição que certos bens sofrem, e que passam a ser considerados como bens independentes do patrimônio genérico de uma pessoa. Posto isto, observa-se que, se o credor fiduciário se comprometer por dívida frente a terceiros durante a contratação, o devedor fiduciário não é prejudicado pelos desequilíbrios que ocorrem no patrimônio do credor fiduciante. (FERNANDES, 2011, p. 170)

É o segregamento patrimonial de bens que tem por intuito manter a constância e a entrega das unidades em construção aos adquirentes.

1.4 NATUREZA JURÍDICA

Viu-se até agora que a alienação fiduciária em garantia é espécie do gênero “negócio fiduciário”. Este tipo de negócio surgiu no final do século XX, conforme a doutrina foi construída por juristas alemães e italianos. Sobre seu marco inicial, Chalhub (2006, p. 41 apud TARTUCE, 2014, p. 450) define: “um negócio seriamente desejado, cuja característica consiste na incongruência ou heterogeneidade entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico empregado para atingi-lo”.

Portanto, vê-se que, o dever do fiduciário é o de agir com lealdade, de forma que a propriedade seja devolvida ao fim do contrato, e na ocorrência da transmissão da propriedade em dois instantes: primeiro como garantia (transitória e temporariamente) ao fiduciário; em seguida, no caso do cumprimento das obrigações assumidas pelo fiduciante, o bem lhe é retornado de forma automática sem que seja preciso uma interpelação. (TARTUCE, 2014, p. 450-451)

Para Gomes, sendo uma pretensão de natureza real, ela se comprova pelo fato de a reversão do domínio do bem alienado acontecer de forma automática quando o fiduciante paga a dívida, podendo este requerer a restituição contra quem detenha a coisa. (GOMES, 1975, p. 62-63)

Vê-se até aqui, que o devedor fiduciante é muito mais titular do bem que o credor fiduciário, porque tem a posse direta, o uso e a fruição. O credor fica a mercê do devedor, aguardando a mora e o inadimplemento para então depois consolidar a propriedade em si.

Na atualidade, predomina-se na doutrina que a natureza jurídica da alienação fiduciária é de Direito Real de garantia sobre o bem alheio. Dito isto, tem natureza de direito real. Como foi visto no Decreto-Lei n. 911/69, é uma figura nova que foi aperfeiçoada e tornou-se mais eficaz no Brasil a partir da década de 60.

Entende-se por natureza jurídica um conceito que visa explicar o princípio de um instituto jurídico.

1.5 ESPECIFICAÇÃO, ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS

Especifica-se o acordo da alienação fiduciária em garantia de bem móvel como negócio jurídico, sendo: bilateral, oneroso, acessório e formal.

Bilateral porque gera obrigações tanto para o devedor fiduciante (alienante) como para o credor fiduciário (adquirente); oneroso, porque há benefícios para ambas as partes, proporcionando instrumento creditício ao primeiro e assecuratório ao último; acessório, porque sua existência jurídica está subordinada à da obrigação principal garantida; e formal, porque necessita de instrumento escrito, público ou particular, para que tenha validade. (GOMES, 1975, p. 62-63)

Embora a propriedade fiduciária seja gerada pela alienação fiduciária, ambas se diferem. A propriedade fiduciária é um direito real em que ocorre a transferência do direito de propriedade limitado ou resolúvel de bem móvel infungível de forma que o fiduciário seja beneficiado e haja uma garantia de obrigação que restringe os poderes do proprietário credor fiduciário. Ela se constitui através de registros de contrato, por instrumento público ou particular, no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor fiduciante.

Depois da propriedade fiduciária se constituir, há o desdobramento da posse que permite que a posse direta da coisa seja do devedor fiduciante. Já que o credor fiduciário é possuidor indireto e proprietário resolúvel, ele pode utilizar de ação de reintegração de posse ou ação de busca e apreensão.

O credor fiduciário e o devedor alienante são considerados, portanto, sujeitos passivos e ativos do negócio jurídico. De acordo com os artigos n. 1.361 e n. 1.364 do Código Civil, a capacidade para ser sujeito passivo não se refere apenas a instituições financeiras ou bancárias, mas a qualquer pessoa, seja natural ou jurídica. Submete-se, principalmente, a

assegurar ao alienante o financiamento a que se obrigou, respeitando o seu direito ao uso regular do bem, e, se houver inadimplência da parte do devedor, vender o bem, aplicando o preço no pagamento de seu crédito e acréscimos e entregando possível saldo que restou ao descumpridor. (BRASIL, 2002)

Há mais responsabilidades agora ao credor fiduciário no que se refere à regularização do bem retomado com os tributos que sobre ele incidem, conforme dispõe o artigo n. 1.368-B do Código Civil:

Art. 1.368-B. (...) Parágrafo único. O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem. (BRASIL, 2002)

Observa-se então que, qualquer pessoa, física ou jurídica, dispõe de aptidão genérica para os atos da vida civil, ou seja, pode alienar em garantia.

As fundamentais obrigações e deveres que recaem sobre a pessoa, enquanto alienante, como detentora de direito real de aquisição sobre o bem alienado, são: ter a posse direta do bem e o possível direito de reaver a propriedade plena, com a liquidação da dívida; receber o saldo apurado na venda efetuada pelo credor fiduciário para satisfação de seu crédito; responder pelo restante da dívida, se a garantia não for suficiente; não dispor do bem alienado e atuar, como depositário, ativamente na sua guarda; e, por fim, no caso de haver inadimplemento de sua obrigação, entregar a coisa gravada.

O objeto corresponde à bem móvel, infungível, durável, corpóreo e identificável.

No artigo n. 1.361, § 1º do Código Civil, vê-se que a propriedade fiduciária se constitui com o registro de contrato. Através de instrumento público ou particular, servindo-lhe de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor fiduciante, ou, no caso de automóveis, na repartição competente para o licenciamento, através de documento emitido pelo DETRAN local. (BRASIL, 2002)

De acordo com o artigo 1.362 do Código Civil, o conteúdo que deve abrigar o ajuste de alienação fiduciária em garantia, é:

Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterá:
I - o total da dívida, ou sua estimativa;
II - o prazo, ou a época do pagamento;
III - a taxa de juros, se houver;

IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação. (BRASIL, 2002)

O proprietário fiduciário deve vender o bem alienado em garantia se não houver pagamento na data de vencimento, sendo-lhe permitido com ele ficar, conforme dispõe o artigo 1.364 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

No artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, *caput* da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispõe que:

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. (BRASIL, 1990)

O artigo 1.365 do Código Civil dispõe que o devedor fiduciante pode oferecer a coisa gravada em pagamento da dívida não paga, para dessa forma, extinguir a obrigação. (BRASIL, 2002)

Por último, vê-se no artigo 1.368 do Código Civil que, um terceiro, interessado ou não, caso faça o pagamento da dívida, transferir-se-á o pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária. (BRASIL, 2002)

Ou seja, no contrato de alienação fiduciária também é proibido ajustar a cláusula de decaimento, quando as partes acertam que, no caso de inadimplemento pelo devedor fiduciante, todas as prestações já pagas podem ser retidas pelo credor fiduciário quando a resolução do contrato e a retomada do produto alienado forem pleiteadas; a dívida pode ser extinta se o devedor oferecer a coisa gravada em pagamento da dívida; e a dívida pode transferida a um terceiro, dando o direito no crédito e na propriedade fiduciária, desde que ele pague a dívida.

CAPÍTULO 2 A MORA DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS

O objetivo deste capítulo é destacar e explicar as consequências resultantes do inadimplemento no que se refere às obrigações assumidas por intermédio do devedor fiduciante ao celebrar contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

2.1 DA MORA

A princípio, far-se-á necessária uma rápida explanação no que se refere à forma a que a figura da mora se origina e em qual temática civil encontra-se em nosso sistema jurídico.

2.1.1 Definição

Mello (2017, p. 342) define mora como: “o retardamento ou cumprimento imperfeito da prestação”. Ou seja, quando a prestação se atrasa ou é cumprida parcialmente.

A definição de mora está diretamente ligada ao não cumprimento de uma atribuição obrigacional. Compreenda-se obrigação como relação jurídica transitória definida entre devedor e credor. Esta ação compreende uma prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, em que o devedor deve ao credor, garantindo-lhe o adimplemento por meio dos bens que compõe seu patrimônio. (MONTEIRO, 2013, p. 20)

Proveniente do direito alemão, a definição da obrigação é considerada dualista e tem ganhado importância na doutrina nacional. Tem como elementos intrínsecos à relação obrigacional o débito (*debitum* ou *schuld*) e a responsabilidade (*obligatio* ou *haftung*). Sendo o primeiro elemento inteiramente satisfeito, o segundo não acontece, uma vez que apenas surge quando não há cumprimento total ou absoluto. (TARTUCE, 2012, p. 193)

Segundo Fernandes, obrigação é:

O vínculo jurídico que confere ao credor – o sujeito ativo – o direito de exigir do devedor – o sujeito passivo – o cumprimento de determinada prestação. É uma relação de natureza pessoal, envolvendo crédito e débito, que tem caráter transitório, porque se extingue pelo cumprimento, cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível. (FERNANDES, 2013, p. 14)

É quando há a inexecução do que fora combinada entre as duas partes vinculadas por uma obrigação, que está estabelecida a mora.

O inadimplemento poderá ocorrer através do inadimplemento absoluto (ou definitivo), da mora, ou do pagamento incompleto (ou defeituoso). No inadimplemento absoluto, o credor não recebe nada. Isto se dá através do inadimplemento obrigacional disposto no artigo 389 do Código Civil (BRASIL, 2002). Quando há impossibilidade de cumprimento total ou parcial da prestação, a prestação principal se converte em obrigação de indenizar, o que se chama perdas e danos.

A mora é considerada uma forma de inadimplemento. Ou seja, o credor recebe a prestação, mas, com atraso. Previsto no artigo 394 do Código Civil, tem-se o chamado inadimplemento relativo, em que o devedor pode ainda honrar a sua prestação. (BRASIL, 2002)

É preciso que se tenha bem explicada a distinção entre inadimplemento absoluto e relativo. Por absoluto entende-se a falta completa da prestação, que faz com que o credor não receba o que o devedor se comprometeu a pagar, e quando a possibilidade dessa obrigação se executar não existe mais. Por relativo entendem-se quando apenas parte da *res debita* não é prestada, ou quando não é cumprida a obrigação no tempo certo por parte pelo devedor, e ele ainda tenha que cumpri-la.

Os artigos 394 a 401 do Código Civil, ao que se refere às principais disposições legais concernentes à mora, dispõem no Anexo A.

Assim, de acordo com a visão clássica do inadimplemento das obrigações, a mora pode ser entendida como o descumprimento parcial de uma obrigação que ainda pode vir a ser completada em virtude da utilidade remanescente, em que o causador responda pelos danos incidentes. De modo variado acontece no inadimplemento total, quando a obrigação não pode mais ser cumprida devido à perda do préstimo ao credor, que deverá obter reparação através de perdas e danos.

2.1.2 Espécies

Ver-se-á aqui a primeira classificação essencial da mora, que se refere à pessoa que nela incide. Desta forma, são duas as espécies: mora do devedor (*debitoris*) ou de pagar (*solvendi*) e mora do credor (*creditoris*) ou de receber (*accipiens*). (GONÇALVES, 2012, p. 386)

Conceitua-se em mora o devedor que não realizar o pagamento e o credor que não quiser obtê-lo no tempo, lugar e forma estabelecidos pela lei ou a convenção, conforme visto anteriormente, no artigo 394 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Inicialmente, é importar ressaltar que não é apenas quando há atraso ou retardamento no adimplemento de uma obrigação que há mora, mas também quando há execução incorreta e não adequada com o local e modo propensos a tal.

Assim sendo, compete expor o elemento essencial que diferencia as espécies supramencionadas, sendo ele, a culpa. À medida que para a configuração da mora do devedor faz-se fundamental a presença do indicado requisito subjetivo aliado ao objetivo, ou seja, a não quitação de dívida requerível no tempo, local e modo estabelecidos, é suficiente para a

ocorrência da mora do credor a rejeição injusta deste em receber o adimplemento da obrigação nos mesmos moldes apresentados. (DINIZ, 2009, p. 406-410)

Esta exigência para que o devedor, quando do cumprimento parcial de uma obrigação, sujeite-se à mora, entende-se a partir da análise do artigo 396 do Código Civil, já visto anteriormente, que diz que, não há mora quando não há fato ou omissão responsável ao devedor. (BRASIL, 2002)

Acerca deste tópico, Farias e Rosenvald dizem:

No momento em que o devedor incorre em mora surge uma presunção relativa de culpa, cabendo àquele que descumpriu o ônus de provar que a demora no cumprimento decorreu de fatos estranhos à sua conduta e de natureza inevitável, que não podem lhe ser imputados. Só assim se isentará das consequências deletérias da mora. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 565)

No caso da mora *solvendi*, há um fator que poderia impedir a caracterização da mora, sendo ele a cobrança indevida de encargos abusivos por meio do credor que venha a impor onerosidade excessiva ao devedor.

Assim sendo, através da seguinte ementa, a Jurisprudência do Superior Tribunal orienta:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – DECISÃO MONOCRÁTICA NEGOU PROVIMENTO AO APELO EXTREMO. IRRESIGNAÇÃO DA CASA BANCÁRIA. 1. A capitalização de juros, independentemente do regime legal aplicável (anterior ou posterior à MP n.º 1.963/2000), somente pode ser admitida quando haja expressa pactuação entre as partes. Do contrário, a capitalização de juros é ilegal. A inversão da premissa demandaria a reanálise de matéria fática e dos termos do contrato, providências vedadas nesta esfera recursal extraordinária, em virtude dos óbices contidos nos enunciados das Súmulas 05 e 07 do Superior Tribunal de Justiça. 2. O reconhecimento da cobrança de encargos abusivos no período de normalidade afasta a culpa da mutuária pelo inadimplemento da obrigação, e acarreta a descaracterização da mora *debitoris*. 3. Descaracterizada a mora da devedora, inviável a inscrição de seu nome nos cadastros de inadimplentes (REsp n.º 1.061.530/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2008). 4. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa. ²

A classe mora *debitoris* compreende duas outras espécies moratórias: a mora *ex re* e a mora *ex persona*, provenientes de uma subdivisão que leva em consideração a configuração da mora associada à existência ou não do termo estabelecido para o perfazimento obrigacional.

² STJ. **Agravo regimental no agravo em recurso especial**: AgRg no AREsp 53941 RS 2011/0153474-4: inteiro teor. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22830110/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-noaresp-53941-rs-2011-0153474-4-stj/inteiro-teor-22830111>>. Acesso em: 13 maio 2019.

No *caput* e Parágrafo Único do artigo 397 do Código Civil:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial. (BRASIL, 2002)

Considera-se então, que o advento da *mora ex re* não depende de provocação do credor, pois, uma vez que há data aprazada para a execução da relação obrigacional, isto deixa o devedor em situação de inadimplemento relativo.

A *mora ex persona* refere-se a contratos firmados com falta de acordo quanto ao prazo para pagamento, necessitando de intervenção do credor para requerer ao devedor que honre seu compromisso. Pode dar-se através de interpelação judicial, ou notificação ou protesto extrajudicial. (MONTEIRO, 2013, p. 381)

Ver-se-á posteriormente que a mora do devedor fiduciante no contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis precisa de notificação válida para que se constitua, apesar de suas parcelas possuírem data certa para pagamento.

Para finalizar, urge mencionar a impossibilidade de haver concomitância de moras do devedor e credor, considerando que os dois se encontram em mora, elas se extinguem, já que devedor e credor se encontram em estado igual e uma nada pode imputar a outra (VENOSA, 2014, p. 368).

Conclui-se, portanto, que existe a mora do credor e do devedor, mas não dos dois simultaneamente.

2.1.3 Constituição da mora nas dívidas provindas da alienação fiduciária

Conforme os artigos 890 a 900 do Código de Processo Civil, a *mora accipiens* é habitualmente instituída através do ajuizamento, de ação de consignação em pagamento ou da interpelação judicial do credor para quitar a dívida, por meio do devedor. (TAVARES DA SILVA, 2012, p. 214)

A respeito da *mora solvendi*, anteriormente levou-se em conta as categorias *mora ex re* e *ex persona*. Pretende-se agora, explicar a especial constituição da mora do devedor fiduciante no contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

Como já visto, embora as prestações do financiamento obtido para aquisição do bem possuírem tempo estabelecido para compensação, é imprescindível que o credor fiduciário

proceda à notificação do inadimplente para que haja comprovação da mora. Desta forma, tal intimação é “formalidade essencial” e “pressuposto processual” em conformidade com a prova da situação do devedor e a busca pelo provimento jurisdicional apropriado. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 577)

Esta particularidade em comento está composta no §2º do artigo 2º do Decreto-Lei 911/69:

Art. 2o

[...]

§ 2o A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário. (BRASIL, 1969)

Com a promulgação da Lei n. 13.043/2014, a redação atual é substituída, e diz que a mora se realizará a partir do vencimento do prazo para pagamento podendo ser comprovada por carta registrada expedida através do Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, conforme o credor desejar.

Antes da atual formulação do §2º do artigo 2º, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já considerava que terceiro poderia assinar o aviso do recebimento de forma que a mora do devedor fosse comprovada. Estas notificações são realizadas por meio de Cartório de Títulos e Documentos que têm convenio com as instituições financeiras proprietárias do bem alienado, não tendo necessidade que pertençam tais Tabelionatos à Comarca do notificado.

No caso de não se achar o devedor no endereço que consta para recebimento do instrumento notificador no contrato, o credor poderá promover a notificação por edital.

2.1.4 Efeitos

Segundo o artigo n. 400 do Código Civil, após a mora do credor ser constituída, o devedor, ao menos que tenha agido com logro, pode se exonerar dos ônus através da guarda da coisa. Também determina que o inadimplente tenha a obrigação de reparar as despesas relativas à conservação do bem, recebê-lo em seu mais alto apreço, se entre o tempo do contrato e do pagamento o valor variar.

Já no artigo 395, lê-se: “Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (BRASIL, 2002). O artigo traz os prejuízos que deverão ser ressarcidos pelo devedor moroso.

No artigo 399, estabelece-se que o devedor responderá pela impossibilidade da prestação que se der durante o atraso, ainda que seja resultado de caso fortuito ou força maior, ou seja, evento que seja imprevisível, ou previsível, mas, inevitável, ao menos que se prove isenção de culpa em relação ao retardamento ou que o dano aconteceria mesmo se a obrigação fosse devidamente lavada a cabo. (TARTUCE, 2012, p. 205)

Importante ressaltar que, o credor poderá rejeitar a prestação, caso ela se destitua de utilidade para ele em decorrência da mora, o que se caracteriza como inadimplemento absoluto, satisfeito por meio de perdas e danos, conforme traz o artigo 385.

Em suma, fundamental aludir à possibilidade de purgação ou emenda da mora. Purgar a mora significa desobrigar a pessoa da responsabilidade que ela tinha devido a pagamentos atrasados da parte do réu. Ocorrendo a purgação, a mora se extingue.

Segundo o artigo 401 do Código Civil:

Art. 401. Purga-se a mora:

I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data. (BRASIL, 2002)

A respeito da purgação da mora em relação ao contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, tratar-se-á deste assunto mais adiante, quando do cuidado com a ação de busca e apreensão.

2.2 CONSEQUÊNCIAS DA MORA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

2.2.1 Decreto-lei 911/69 e a retomada do bem pelo credor fiduciário através da ação de busca e apreensão

Viu-se no capítulo primeiro, através do artigo 1.367 do Código Civil, que foi sugerido a existência de mais de uma espécie de alienação fiduciária no ordenamento jurídico pátrio ao estabelecer a propriedade fiduciária como matéria ocasionalmente sujeita a legislações especiais. Neste capítulo, tratar-se-á com norma específica a regular a alienação fiduciária em garantia de bens móveis, no caso de o credor fiduciário ser uma instituição financeira.

O Decreto-Lei n. 911/69, referente à Ação de Busca e Apreensão, consiste em:

Ação típica instituída para a execução da garantia real sobre coisas móveis, sob a modalidade de alienação fiduciária. Por seu intermédio o credor consegue consolidar a posse e o domínio sobre o bem gravado. Trata-se de ação especial, com elementos tanto de cognição como de execução (...). (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 578)

Analisar-se-á, por enquanto, o rito especial e os resultados de seu desdobramento.

O artigo 3º, *caput* do referido decreto, dispõe:

Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário. (BRASIL, 1969)

Primeiramente, observa-se que para o ajuizamento da ação em estudo deve haver comprovação do devedor fiduciante em mora.

Após a mora de o devedor fiduciante estar constituída e aprovada, o credor fiduciário poderá entrar com a ação supra nominada, requerendo que lhe seja entregue o bem. Na maioria dos casos, esta ação se dá em Vara Cível da Justiça Comum.

Quando o juiz de direito recebe a ação e constata a presença de suas condições e pressupostos, ele proferirá decisão liminar, *inaudita altera pars*, que significa não ouvir o réu, concedendo a busca e apreensão.

A Lei n. 13.043/2014 traz inovações quanto à apreciação se dar em plantão judiciário também.

No caso de o bem objeto da alienação fiduciária ser um veículo, esses dispositivos preceituam medida eficiente para se conseguir localizá-lo e recuperá-lo, seja qual for a inserção de restrição judicial sobre ele, conforme mostra os §§ 9º e 10º do artigo 3º da referida Lei.

Art. 3º

[...]

§ 9º Ao decretar a busca e apreensão de veículo, o juiz, caso tenha acesso à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores - RENAVAM, inserirá diretamente a restrição judicial na base de dados do Renavam, bem como retirará tal restrição após a apreensão. (BRASIL, 1969)

O sistema RENAVAM – Registro Nacional de Veículos Automotores, trata-se de um bando de dados contendo o registro de todos os veículos que existem no Brasil. Cada

automóvel possui um número de identificação chamado de Código RENAVAM, no qual contém registro de todas as informações pertinentes a ele. (DENATRAN, 2019)

Os magistrados possuem acesso a este sistema do RENAVAM, através de um *login* e senha que permite que entrem na página interna e insiram restrições judiciais sobre veículo objeto de busca e apreensão, acesso este oferecido pelo Poder judiciário de vários estados da Federação em convênio com o DENATRAN – Departamento Nacional de Trânsito.

No caso de o juiz não ter acesso à referida base de dados, um ofício deverá ser expedido por ele ao DETRAN local para que se registre o gravame referente à decretação da busca e apreensão do veículo. E uma vez que ele seja apreendido, retire o ônus de circulação, conforme mostra o § 10.

Iguais aos itens legais anteriores, foram incluídos no Decreto-Lei n. 911/69 pela Lei n. 13.043/2014, os recentes §§ 12, 13 e 14, no que se concerne à apreensão do veículo.

O primeiro estabelece que a parte interessada pode requerer diretamente ao juízo da comarca se o bem estiver localizado em comarca diversa da qual a ação é tramitada. A solicitação de apreensão do veículo é feita com a cópia da petição inicial da ação ou, se preciso, a cópia do despacho/decisão que concedeu a busca e apreensão no requerimento.

O juiz é comunicado se o veículo for apreendido para que a instituição financeira realize a retirada do veículo do local depositado em até quarenta e oito horas, conforme o § 13. Quando ocorrer o cumprimento do mandado de busca e apreensão, o devedor é obrigado a entregar o bem e seus respectivos documentos, segundo o § 14.

A inicial sendo despachada e a liminar da demanda de busca e apreensão executada, o réu em três dias deve apresentar contestação, ou caso já houver pagamento de quarenta por cento do preço financiado, solicitar a purgação de mora, conforme dispõe a redação original do § 1º do artigo 3º do decreto em análise. No § 3º vê-se que, uma vez que a emenda é requerida, o juiz marcaria a data para o pagamento, que deve acontecer, com a remessa dos autos ao contador para cálculo do débito existente, em até dez dias. O artigo 2º do § 1º diz que é abrangido o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando acordada pelas partes.

Entretanto, a Lei n. 10.931/2004 alterou grande parte do artigo 3º, como consta no §§ 1º e 2º:

Art. 3º

[...]

§ 1o Cinco dias após executada a liminar mencionada no **caput**, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de

registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. (BRASIL, 2004)

A controvérsia se dá porque há uma imprecisão no termo “integralidade da dívida pendente”. Isto gerou discussões, pois alguns magistrados defendiam que a purga da mora ainda era possível de acontecer na forma que previa os antigos §§ 1º e 3º do decreto estabelecido, e 401, I do Código Civil, já outros, apoiavam a ideia de que o valor a ser pago para afastar o ônus fiduciário deveria ser o total da soma das parcelas vencidas e vincendas e encargos.

Após dez anos de discussão e decisões divergentes, a questão foi resolvida com o julgamento do Recurso Especial n. 1.418.593-MS, nos autos 2013/0381036, em sede de recurso repetitivo pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na data de 14 de maio de 2014. (JUSBRASIL, 2014)

Para o Ministério Público Federal e o órgão representativo bancário a mudança legislativa se deu para haver modificação da maneira de que o devedor poderia se valer com a intenção de permanecer com o bem alienado fiduciariamente.

Ou seja, toda a obrigação pecuniária não paga deveria ser satisfeita para afastar o ônus da propriedade fiduciária, e não somente as parcelas vencidas, fundamentando-se o domínio com a parte não mais morosa.

2.2.2 Possibilidade de Conversão em ação de execução

Houve diversas transformações no Decreto-Lei 911/69 operadas pela publicação da Lei n. 13.043/2014, e é importante frisar a que conferiu nova redação ao artigo 4º.

O artigo previa que, se o bem alienado fiduciariamente não fosse encontrado ou não se achasse na posse do devedor, o credor poderia requerer, nos mesmos autos, que houvesse a conversão do pedido de busca e apreensão em Ação de Depósito. Porém, tal conversão está restrita à Ação de Execução, na qual os demais bens do devedor poderão ser conscritos e penhorados para que a execução seja assegurada, conforme o artigo 5º.

Esta alteração combina com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, e seu posicionamento, com edição na Súmula Vinculante 25, atesta a ilicitude da prisão civil do depositário desleal se houver qualquer modalidade de depósito.

Nota-se, entretanto, que para chegar a tal entendimento fora percorrido ampliado caminho de ponderação e interpretação valorativa e normativa pelos estudiosos da ciência

jurídica. O artigo 5º, LXVII da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a possibilidade da prisão civil no caso de dívida do depositário desleal que incorra em inadimplemento voluntário e não justificado.

Através do Decreto n. 678, em 6 de novembro de 1992, o Brasil sancionou o Pacto de São José da Costa Rica, comumente conhecido como Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, que passou a valer em território nacional. Entretanto, em seu artigo 7º, item n. 7º, não é permitido nenhum outro tipo de prisão civil que não seja a do devedor de alimentos, o que ia de confronto a norma constitucional.

Então, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, houve uma inclusão ao artigo 5º, § 3º, que dispunha que a contradição instaurada entre o que dispunha a Constituição Federal e o conteúdo de tratado internacional sobre direitos humanos do qual o país era signatário teve seu desfecho iniciado com a aprovação da referida Emenda. A inclusão se dá com o seguinte texto:

Art. 5º

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 2004)

Este item legislativo, associado ao § 2º do referido artigo, ocasionou mudança no que se refere à estrutura de valência entre Constituição Federal, Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e legislação infraconstitucional, no ordenamento jurídico pátrio.

Tem-se o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP que vai de encontro à tese:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENTVOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165). (JUSBRASIL, 2012)

À vista disso, apesar de a Constituição Federal autorizar a prisão civil do depositário infiel, não permanece mais fundamento normativo algum para sua aplicação. Desta

forma, se tornou inócua a previsão de conversão da busca e apreensão em depósito, com a justificativa de inovação do legislador conforme o artigo 4º do Decreto-Lei n. 911/69.

CAPÍTULO 3 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E PRESERVAÇÃO DO BEM ALIENADO NA POSSE DO DEVEDOR FIDUCIANTE

O presente capítulo tem como objetivo investigar a teoria do adimplemento substancial, abrangendo o exame de suas raízes históricas no direito comparado que resultaram em aparição no ordenamento jurídico pátrio, as normas principiológicas do Direito Civil que lhe são propícias e os parâmetros para aplicação, tal como as consequências jurídicas de sua adoção, especialmente no que se refere às lides decorrentes de inadimplência do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

3.1 CONCEITOS HISTÓRICOS

A teoria do adimplemento substancial que se conhece atualmente pela doutrina e jurisprudência pátrias, origina-se da *common law* do Direito Inglês, na Inglaterra do século XVIII, mais propriamente no instituto da *substantial performance*. (FERREIRA, 2015)

É importante apresentar um breve regresso histórico a respeito da resolução do contrato por inadimplemento, uma vez que é preceito de utilização da teoria em destaque, para que haja um melhor entendimento das circunstâncias que resultaram no seu surgimento.

O adimplemento substancial é a modalidade de inadimplemento em que o devedor fiduciante da relação contratual, tendo parcela considerável já adimplida, não cumpre parte exígua da obrigação, de forma que seu incumprimento seja insignificante e a resolução contratual torne-se medida extremamente severa e desproporcional.

Para que o contrato atinja sua função, não é preciso necessariamente que a obrigação seja cumprida por completa, na quantidade, momento e local concordado, em atendimento ao princípio da integralidade ou não divisibilidade da obrigação.

Apesar de o legislador brasileiro ter se preocupado em determinar uma regra coercitiva na intenção de forçar o cumprimento das relações contratuais, não prescreveu exceção, mesmo perante o inadimplemento de parcela insignificante do contrato.

A teoria examina o grau do incumprimento da obrigação em toda a sua extensão, não somente a literalidade de certas cláusulas contratuais ou disposições legais que poderiam ratificar a resolução do contrato com fundamento no artigo n. 475, do Código Civil, mesmo pela mora de parte irrelevante da obrigação.

Ao analisar o artigo citado de forma isolada, mesmo no caso em que há incumprimento exíguo da obrigação, fica ao credor assistir a liberalidade de requerer a resolução de todo o contratual. Com a resolução, o vínculo jurídico que existe entre os contratantes tem fim, e nesta perspectiva, Bussata explica: “Destruindo o sinalagma, parece ser conclusão lógica que se possa desfazer o vínculo jurídico existente, o que acarretará a subtração de toda e qualquer eficácia prática da contratação”. (BUSSATA, 2008, p. 98)

Silva (apud BECKER, 1993, p. 62), sobre este assunto dispõe que o adimplemento substancial é “um adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito da resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização”.

No Direito Romano não existia provimento judicial intrínseco para que o contratante cumpridor das tarefas que lhe cabiam solicitasse a dissolução do vínculo devido à inadimplência da outra parte, conseguindo tão somente impor do faltoso que procedesse à execução de suas obrigações.

O privilégio da resolução passou a ser tido como próprio aos contratos celebrados em mutualidade prestacional com o surgimento do Decreto *Quemadmodum* no Direito Canônico, através do Papa Inocêncio III, que admitia o direito do marido de abandonar

a esposa infiel, considerando, então, em vigor a obrigação de manutenção do matrimônio enquanto houvesse o cumprimento do dever de lealdade pelo outro pactuante. A partir disso, intensifica-se a tese de interdependência das prestações, de forma que uma seja a ensejadora da outra. (BUSSATA, 2008, p. 38)

Determinada a hipótese de extinção contratual relacionada ao descumprimento da prestação de um dos contratantes, surgiu a dúvida de como estimar qual tipo de inexecução poderia justificar a reação indicada. Poderia ser através de valoração dos deveres? E se houver violação de apenas parte da obrigação?

No direito anglo-saxônico surgem as figuras *condition* e *warranty* a fim de tentar atender a essas indagações. A primeira figura refere-se a prestações essenciais ao ajuste, e a segunda remete-se a “dever meramente acessório ou colateral, do qual a avença não é dependente”. (BUSSATA, 2008, p. 39)

Tem-se, entre os precedentes dos tribunais ingleses, o primeiro em que o conteúdo alcança o tema analisado, o julgado proferido no caso *Boone vs. Eyre*, em 1777. Neste caso, foi vendida pelo comandante *Boone* a *Eyre* uma plantação nas Índias Ocidentais com os escravos que lá existissem por quinhentas libras e uma receita anual e vitalícia de cento e sessenta libras. Tendo o réu ofertado a prestação inicial, prorrogou o pagamento das parcelas anuais alegando que o alienante não era detentor da propriedade dos escravos. (FERREIRA, 2015)

Lord Mansfield, o julgador, entendeu que por *Boone* não ser o titular de direito sobre os escravos, não lhe era constituído uma *condition*, referente à obrigação de pagar o valor anual perpétuo. Desta forma, registrou-se na decisão que a essência do contrato havia sido cumprida e o credor, caso o contrato não possa ser resolvido, deveria obter a satisfação de seu interesse por intermédio de reparação danosa. (FERREIRA, 2015)

A oposição entre as figuras elencadas mostrou-se insatisfatória, permitida a dificuldade prática de discriminação e as diferentes consequências que o inadimplemento de uma ou outra poderia acarretar nos casos concretos. Estes conceitos evoluíram com a emergência do *intermediate* ou *innominateterm*, que pode ser compreendido como o

Dever contratual que não pode ser considerado nem *condition* nem *warranty*, e seu descumprimento somente faculta à parte resolver contrato caso seja suficientemente sério (*sufficiently serious*). (BUSSATA, 2008, p. 41)

Desta forma, a apuração da severidade da prestação descumprida e os prejuízos na economia contratual no que se refere a resolver ou não a avença, tornam-se relevantes. Diante deste contexto surge a teoria da *substantial performance*. (BUSSATA, 2008, p. 38)

No centro do sistema da *common law*, vê-se que a teoria do adimplemento substancial tem como parâmetros de emprego a trivialidade do inadimplemento, o aprazimento dos interesses do credor, ou manutenção da possibilidade dela, e cuidado por parte do devedor, de forma que se evidencie seu desejo de cumprir com o que lhe foi obrigado. (BECKER apud BUSSATA, 2008, p. 53-54)

Constata-se no Direito Privado contemporâneo o surgimento de novos conceitos. Estes conceitos visam adicionar ou diminuir os efeitos de dogmas e corolários clássicos regentes dos sistemas obrigacional e contratual, tal como a autonomia privada: ampla e irrestrita liberdade negocial entre os contratantes; a obrigatoriedade dos contratos; a relatividade, em que a eficácia do pacto se dá somente *inter partes*; e o consensualismo, acordo de vontades como condição única para existência e validade de avenças. (BUSSATA, 2008, p. 63-65)

A seguir, procurar-se-á analisar as normas de cunho principiológico que dispõem amparo à aplicação da teoria do adimplemento substancial em pleitos judiciais que ocorrem nas cortes brasileiras, seja através da função social ou através da boa-fé objetiva, com o objetivo de manter o equilíbrio e a justiça contratual para que se evite que a resolução do contrato pelo inadimplemento insignificante cause prejuízo enorme ao devedor.

3.2 MECANISMOS SUPRALEGAIS QUE NORTEIAM O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, os dispositivos legais remanescentes em sua totalidade, passaram a ter uma nova leitura, na qual não é suficiente que a conduta esteja regulada em dispositivo legal, mas deve-se checar se referido dispositivo está em conformidade com os direitos fundamentais individuais e transindividuais disciplinados pela Constituição Cidadã.

Sendo assim, o direito das obrigações também sofreu transformação, parando de ser entendida como um ato isolado e assentado na liberalidade de contratação em que a autonomia privada não obtinha limite ou intervenção externa.

Verifica-se, portanto, que tanto a autonomia da vontade quanto a autonomia privada sucederam da imperativa necessidade de regramento com o intuito de possibilitar um desenvolvimento melhor nos âmbitos social, econômico e comercial.

Apesar do direito contratual ainda estar acordado nos pilares da autonomia da vontade dos contratantes, esta liberalidade vem sofrendo uma relativização, em que está inserida a teoria do adimplemento substancial que se encontra abrigada em mecanismos supralegais no direito pátrio.

Pela importância que retrata para o estudo da teoria do adimplemento substancial, torna-se inevitável discutir sobre a boa-fé objetiva e da função social do contrato.

3.2.1 Boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva é entendida como verdadeira regra de comportamento exigível de maneira jurídica, com natureza principiológica, regrada nos valores éticos que regem a sociedade. (GAGLIANO; FILHO, 2011, p. 101)

Com a publicação da Lei n. 8.078/1990, do Código de Defesa do Consumidor, este princípio estreou nos textos legislativos de nosso país. Em seu artigo 4º, III e 51, IV estabeleceu-se que a boa-fé objetiva deve ser examinada sob todos os aspectos da relação consumerista, assim como serve de suporte para a nulidade de cláusulas contratuais que lhe sejam confrontantes. (BRASIL, 1990)

No que concerne à inauguração no Código Civil, de se atentar que aparece consagrada em três diferentes artigos, limitando a divisão de três funções específicas.

A primeira delas é considerada a função interpretativa do negócio jurídico, disposta no artigo n. 113 do Código Civil: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. (BRASIL, 2002)

Sendo assim, a boa-fé objetiva funciona como meio auxiliador do jurista “para que possa extrair da norma, objeto de sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente útil”. (GAGLIANO; FILHO, 2011, p. 105)

A segunda função é designada controle ou defensiva, apresentada no artigo n. 187 do Código Civil, que estabelece ser ato ilícito o exercício de um direito em manifesto excedente aos limites exigidos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico e social da própria prerrogativa.

A respeito disso, Farias e Rosendal articulam:

O abuso do direito é considerado um ato ilícito objetivo pelo novo Código Civil (art. 187), pois a sua aferição independe da constatação da culpa pela violação formal de uma norma, sendo suficiente a antijuridicidade da conduta (...) Em verdade, o abuso do direito como modo de controle da legitimidade do exercício de direitos subjetivos

e potestativos é uma das vertentes da atuação do princípio da boa-fé sobre as relações obrigacionais. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 399)

A boa-fé objetiva age como limitadora do exercício abusivo de direitos.

Para finalizar, a terceira função, também conhecida por integração ou ativa, encontra-se no artigo n. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. (BRASIL, 2002)

Entende-se, portanto, que a boa-fé deve estar manifesta em todas as fases do pacto, desde as tratativas pré-contratuais até momento após a sua execução. (TARTUCE, 2012, p. 199)

Através da função ativa a boa-fé também serve de alicerce normativo para possíveis deveres anexos ou de proteção, como os de lealdade e confiança recíprocas, informação e sigilo ou confidencialidade. (GAGLIANO; FILHO, 2011, p. 106)

Por certo, é na função defensiva da boa fé objetiva que consiste fundamento para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, tendo em vista ser o objetivo primordial desta o impedimento da resolução contratual em virtude de inexecução insignificante que não tire a utilidade e função da relação jurídica, relação esta que consiste em um direito subjetivo/potestativo do credor fiduciário. (BUSSATA, 2008, p. 87)

Desta forma, faz-se necessário ao magistrado perscrutar acerca da gravidade do descumprimento contratual e contê-la com os efeitos do rompimento do vínculo obrigacional, de forma que verifique a viabilidade ou não do deferimento da resolução, sob a pena de “sacrifício excessivo” ao devedor fiduciante. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 400)

3.2.2 Função social do contrato

A doutrina civil moderna compreende que a função social do contrato pode ser estabelecida como um princípio contratual de ordem pública que vincula a visualização e interpretação da convenção em concordância com o contexto da sociedade. (TARTUCE, 2014, p. 67)

Gonçalves afirma:

O Código Civil de 2002 procurou(...) seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da *socialidade* por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana. (GONÇALVES, 2014, p. 23)

A veracidade desta informação pode ser observada através da leitura do artigo n. 421 do Código Civil, que diz “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (BRASIL, 2002)

Com efeito, a função social do contrato aparece ligada ao fenômeno da socialização da propriedade, como dispõem o artigo n. 2.035 do Código Civil:

Art. 2.035.

[...]

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (BRASIL, 2002)

Assim, a visão de negócio jurídico passa a ser vista apenas como um mecanismo da manifestação privada do homem para ver nele um elemento sócio agregador. (GAGLIANO, FILHO, 2011, p. 89)

Este princípio apresenta duas distintas eficácias: interna ou intrínseca, e externa ou extrínseca (GAGLIANO, FILHO, 2011, p. 82). A interna diz respeito aos efeitos que decorrem da relação para e entre os contratantes, entendida: na diminuição da força obrigatória do contrato; na proteção da parte frágil; na coibição da onerosidade excessiva; na predisposição da manutenção da avença, preservando a autonomia privada; na proteção de direitos individuais no que concerne à dignidade humana; e na invalidade de cláusulas abusivas. (TARTUCE, 2014, p. 70-71)

A externa inclui-se nas hipóteses em que um contrato produza efeitos a terceiros ou a ação desses lese a relação contratual, ou na proteção de direitos difusos e transindividuais. (TARTUCE, 2014, p. 71)

No que se refere à teoria do adimplemento substancial, o nexó que estabelece relação com o princípio da função social do contrato é a particularidade de manutenção do negócio jurídico.

3.2.3 Princípio da autonomia de vontade ou da autonomia privada

Os princípios podem ser estabelecidos como sendo os alicerces do ordenamento jurídico. Encontram-se de forma expressa na norma, entretanto, há princípios implícitos que podem ser encontrados nas normas, na jurisprudência, na doutrina, etc.

Como exemplo, tem-se a função social do contrato, que vem notadamente estampado no Código Civil, nos artigos n. 421 e 2.035, como se viu no tópico anterior, que se encontra implícito na Codificação Consumerista ao proteger os consumidores vulneráveis na relação contratual, conforme se vê nos artigos n. 46, 47, 51, etc. (BRASIL, 2002)

Em referência aos princípios contratuais, analisar-se-á o princípio da autonomia de vontade ou autonomia privada.

O princípio da autonomia da vontade estabelece que as partes sejam livres para contratar (sem que o Estado interfira) podendo celebrar contratos nominados ou inominados criado entre eles. Importante ressaltar que, atualmente, em virtude da função social do contrato, há certa interferência do Estado nos contratos. Entende-se, portanto, que a autonomia privada substituiu a autonomia da vontade, pois a vontade teve a sua relevância exercida no dirigismo contratual perdida.

Pode-se notar mais claramente esse dirigismo nos contratos de adesão conforme a vontade é mitigada, uma vez que estes instrumentos são pré-elaborados sem a possibilidade de as cláusulas serem alteradas pelo aderente. Assim, conforme estabelecido nos artigos n. 423 e 424 do Código Civil vêem-se nestes contratos a intervenção estatal que estabelece normas cogentes para a proteção da parte vulnerável:

Art. 423.

Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. (BRASIL, 2002)

Importante ressaltar que as cláusulas abusivas não ocorrem de forma exclusiva nos contratos de consumo, sendo possível reconhecer esse abuso nos contratos civis comuns, como acontece nos contratos de fiança em que se insere uma cláusula de renúncias ao benefício de ordem.

Consideram-se cláusulas abusivas os contratos que desequilibram a relação entre direitos e obrigações das partes, de modo que a boa-fé, suporte dos negócios jurídicos, seja invalidada.

Desta forma, observa-se que a renúncia antecipada pelo fiador ao benefício de ordem é nula, e este, portanto, pode invocá-la mesmo com uma cláusula expressa existente.

A liberdade contratual, por não poder ser ilimitada, favorece a prática de abusos, exageros e exploração da parte mais fraca, de forma que a parte forte buscará obter vantagens que não podem ser aceitas socialmente através do contrato. Sendo assim, entende-se que são

abusivas todas as cláusulas que ofendam os princípios contratuais, e de forma indireta, os constitucionais, uma vez que estes estão refletidos no ordenamento jurídico.

3.2.4 Princípio da proporcionalidade

Além do princípio de autonomia descrito anteriormente, há o princípio da proporcionalidade que se configura como fonte importantíssima para a aplicabilidade dos direitos fundamentais, pois ele age como um solucionador ou mediado de conflitos entre atos, principalmente quando se fala no embate entre direitos fundamentais.

Conforme Pessoa:

É correto afirmar, portanto, que a origem do princípio da proporcionalidade remonta aos séculos XII e XVIII, quando na Inglaterra surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos imanes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado, e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. (PESSOA, s/d)

Portanto, esse princípio é necessário para que os direitos fundamentais sejam respeitados.

De acordo com José Afonso da Silva, citando Celso Antônio Bandeira de Melo, o princípio define-se da seguinte maneira:

Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (SILVA, 2005, p. 91)

Dessa forma, os princípios auxiliam a aplicabilidade das normas e leis, sendo a base do sistema jurídico, agindo para a interpretação mais correta possível para que não haja defasagem da justiça diante de conflitos.

O autor Paulo Bonavides traz o princípio conforme Luís-DiezPicazo, que faz uma analogia com a linguagem da geometria, pois princípio “designa as verdades primeiras”. Portanto, “princípios”, são assim denominados e demonstram sua importância, pois “estão ao princípio”, configurando-se como “premissas de todo um sistema que se desenvolve more geométrico”. (BONAVIDES, 2003, p. 258)

Conforme Vieira (2006, p. 192), “O princípio da proporcionalidade nasceu do direito administrativo, com o advento da nova modalidade de Estado, o Estado Constitucionalista, tendo sido empregado para limitar o poder de polícia”.

A autora complementa que:

Por outro lado, desenvolveu-se e foi incorporado ao direito constitucional, onde ganhou força e se irradiou por vários outros ramos do direito, passando a ser considerado um princípio que poderia ser interpretado como um princípio de validade universal, não se restringindo aos limites de um determinado ordenamento jurídico. Entende-se ser um princípio aplicável a todo e qualquer ordenamento, de qualquer Estado. É princípio geral de direito constitucional, assim como o princípio do Estado de Direito. (VIEIRA, 2006, p. 192)

Desse modo, o princípio é utilizado em vários ramos do direito, por dar um suporte necessário aos atos em que seja aplicado, sendo considerado de validade universal.

É importante ressaltar aqui que há duas concepções para a proporcionalidade:

Uma no sentido lato, e outra no sentido estrito. Em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. É a regra geral para solucionar conflitos entre princípios, que somente existem no caso concreto. Como os direitos fundamentais são considerados norma-princípios, pois são valores e estão positivados na Constituição, o meio mais seguro e mais eficaz para resolver uma colisão entre eles é o princípio da proporcionalidade. (VIEIRA, 2006, p. 192)

Ainda em relação às concepções sobre o princípio da proporcionalidade, nos estudos descobriu-se que há três elementos, características parciais ou ainda subprincípio que norteiam a estrutura do princípio, sendo elas: “Adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito”.

O primeiro subprincípio, a adequação, significa a conformidade, a pertinência ou a validade do fim. Confunde-se com a vedação de arbítrio. Tem como essência a adequação do meio com o fim que se deseja atingir, sendo a medida capaz de se atingir o objetivo escolhido, ou que por meio do seu auxílio se possa alcançar o fim desejado. (VIEIRA, 2006, p. 193)

A adequação, portanto, abre a visibilidade para que o princípio possa ser adequado a cada acontecimento.

Ainda conforme Vieira:

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade. Esse segundo subprincípio significa que a medida não deve extrapolar os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se deseja, ou seja, uma medida para ser tomada é porque deve ser necessária. Ou seja, de todas as atitudes que servem para

se chegar ao mesmo fim, deve ser utilizada aquela que for menos prejudicial ao indivíduo, podendo ser denominado, também, de princípio da escolha do meio mais suave. (VIEIRA, 2006, p. 193)

Já o terceiro e último subprincípio é a proporcionalidade em seu sentido estrito:

Significa o mandamento de ponderação ou avaliação. A escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo. Há uma obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados. Quando a medida é excessiva, injustificável, não cabe no significado da proporcionalidade. (VIEIRA, 2006, p. 193)

Aqui, cada caso é analisado para que não nada ultrapasse a demanda de um ato, mas sim, siga com proporção e razoabilidade.

3.2.5 Princípio da razoabilidade

Já o princípio da razoabilidade vem da noção de ser razoável, que de forma bem ampla significa prudência, ponderação, sapiência, tolerância, moderação.

Conforme Vieira:

É razoável aquilo que está conforme a razão, dando uma ideia de equilíbrio, tudo aquilo que não ultrapasse os limites do homem médio, sendo aceito em regra pela sociedade, estando de acordo com os valores e costumes de cada povo, que não seja arbitrário ou caprichoso. (VIEIRA, 2006, p. 195)

Portanto, conforme a necessidade vigente na aplicação da justiça, leis, normas, a razoabilidade se impõe como auxiliar.

Pessoa discorre que:

Segundo o entendimento da doutrina (Ricardo Aziz 37, Marcos Antônio Maselli de Pinheiro Gouvêa 38, entre outros), o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. (PESSOA, s/d)

Vieira ainda complementa que:

O princípio da razoabilidade conduz às idéias de adequação e de necessidade. Diz respeito a tudo que seja adequado, idôneo, aceitável, relativo a tudo que não seja absurdo, ou seja, aquilo que seja admissível. Dessa forma, não basta que uma determinada atitude tenha uma finalidade legítima, porém é preciso que os meios empregados sejam adequados à consecução do objetivo desejado e que sua utilização,

principalmente quando se trata de direitos fundamentais, no âmbito de medidas restritivas ou punitivas, seja realmente necessária. (VIEIRA, 2006, p. 195)

A autora também pondera que, “O princípio da razoabilidade obriga sempre a seguinte pergunta: Será que não haveria um meio menos gravoso e igualmente eficaz? Em síntese, deve-se sempre utilizar aquele meio que se mostre menos gravoso”. (VIEIRA, 2006, p. 196)

Por isso, o princípio auxilia no momento da aplicação jurídica para que não haja excessos. Para que haja uma avaliação de um processo ou de um ato de modo a evitar situações que poderiam ser contornadas, com o fim de evitar “restrições desnecessárias, arbitrárias ou abusivas, para que se tenha uma conduta adequada”. (VIEIRA, 2006, p. 196)

Dessa forma, esse princípio pode ser visto como um limite para que o mais adequado a cada caso seja aplicado.

Percebe-se que o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade anda junto, pois contém semelhanças, mas não possuem o mesmo significado.

Vieira (2006, p. 197) discorre que: “O princípio da proporcionalidade, *latu sensu*, por sua vez, significa um princípio mais abrangente, mais amplo, sendo um princípio geral. E princípio geral de direito e princípio geral de Direito Constitucional”.

Já o princípio da razoabilidade “é um princípio que acaba se incluindo na proporcionalidade, quando se depara com a questão da proporcionalidade em sentido estrito, sendo esse o motivo de não terem o mesmo significado”. (VIEIRA, 2006, p. 198).

Assim, pode-se vê-lo como a medida da proporcionalidade, por esse princípio a administração não pode aplicar uma pena desproporcional a uma infração, por exemplo.

3.3 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

Conforme visto anteriormente, na vigência de um contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, se for constatada e comprovada a mora do devedor fiduciante referente ao pagamento das parcelas do financiamento, o credor fiduciário pode lhe propor uma Ação de Busca e Apreensão, conforme disposto no Decreto-Lei n. 911/69, na intenção de resgatar a posse e propriedade plenas do veículo.

Entretanto, mesmo após a totalidade do débito contratado ser adimplido, muitas vezes o devedor, mesmo tendo quitado periodicamente determinadas parcelas, pode se achar impossibilitado de continuar a pagar. Aplicando-se a teoria do adimplemento substancial, constituir-se-ia obstáculo a resolução contratual, de forma que o devedor permaneceria na posse do bem e o outro buscaria o seu recebimento através de outras vias.

A doutrina especializada entende que, não apenas a parcela que falta deve configurar-se de pequena monta, mas também os interesses do credor devem ser preservados, assim como ser averiguada a conduta correta do devedor.

O inadimplemento contratual por meio de um dos acordantes frustra o fim econômico-social do pacto, uma vez que o outro contratante perde seu direito de receber aquilo que é seu por direito. (BUSSATA, 2008, p. 94)

Para que haja uma maior proteção ao pactuante que age de forma idônea no cumprimento das disposições ajustadas, estabeleceu-se no ordenamento jurídico a regra do artigo n, 475 do Código Civil, segundo a norma do artigo 3º, § 1º do Decreto-Lei n. 911/69.

Bussata afirma:

(...) a prestação em dinheiro, objetivamente falando, sempre interessa ao credor, por ser denominador comum das trocas (...). Pode-se, portanto, concluir que, em se tratando de prestações em dinheiro, o recebimento parcial interessa ao credor, bem como a cobrança posterior da quantia faltante. Logo, toda vez que a prestação em dinheiro, ainda que inexata, aproximar-se do valor efetivamente devido, haverá inadimplemento de escassa importância, e o contrato deverá ser mantido. (BUSSATA, 2008, p. 119-120)

Além do mais, nas obrigações de trato contínuo a causa do inadimplemento assume significativo papel na análise da possibilidade de se valer da teoria do inadimplemento mínimo. Porque, havendo dolo do devedor no inexato cumprimento de seu dever ou ele não possuindo auferição de renda, estabelecer-se-á o receio de que possa cometer o mesmo ato, de forme que o credor perca o interesse em continuar a avença, devido à insegurança jurídica. (BUSSATA, 2008, p. 118)

Sendo assim, o julgador deve exercer uma apreciação valorativa quando da possibilidade de adoção do adimplemento substancial, aferindo a realidade fática da relação contratual, as cláusulas acordadas, e principalmente, o comportamento das partes, de forma que observe quais foram os motivos que levaram o devedor ao inadimplemento e em qual tempo deixou de cumprir o contrato, para que não haja uma lesão desproporcional a uma das partes quando da existência de um provimento jurisdicional. (NOGUEIRA, 2013)

A jurisprudência dos tribunais nacionais vem firmando posicionamentos no que se refere à aplicação da teoria em discussão.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a respeito disso, traz os dois estreates e exemplares julgados por ele na Corte da Cidadania.

O primeiro, de 01/03/2001, foi pronunciado pela Quarta Turma do Julgamento do REsp 272.739 MG. Neste dia, o devedor deixou de cumprir apenas a última parcela do

financiamento previamente acordado com o credor, sendo que procedera à consignação em pagamento de tal valor. Sendo assim, o julgador decidiu:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido. (STJ, 2001)

O segundo, ainda pela Quarta Turma, refere-se à decisão do REsp 469.577 SC, do dia 25/03/2003. O recurso fora intermediado pelo Banco Bradesco S/A contra a pessoa jurídica de direito privado Eneze Apicultura e Conservas LTDA., por causa do inconformismo referente à decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que negou provimento a agravo de instrumento, o qual objetivava desconstituir o indeferimento da busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente feito pelo juiz singular.

O ministro relator, ao proferir seu voto, salientou que a análise feita pelo magistrado *a quo* foi acertada, considerando que o valor do inadimplemento era inferior a 20% do preço dos produtos objeto da pretensão restituitória, assim como a essencialidade deles para a continuidade do funcionamento da empresa.

Verifica-se o sumário do acórdão:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido. (STJ, 2003)

Os bens alienados fiduciariamente são fundamentais para a recorrida manter suas atividades comerciais. Esta motivação está ligada à necessidade de preservação dos interesses do credor, considerando que o seguimento da empresa no comércio é a garantia de que a instituição financeira terá de onde receber o retorno financeiro das prestações não cumpridas.

Em paralelo a este argumento, têm-se os artigos n. 648 e 649, V do Código de Processo Civil, que diz que não são sujeitos à execução os bens que são considerados impenhoráveis por Lei, como por exemplo, as máquinas, utensílios, e instrumentos úteis ou fundamentais ao exercício de qualquer profissão.

Art. 648. Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: [...]V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão. (BRASIL, 1973)

A seguir, merece destaque o acórdão feito pelo Tribunal de Justiça goiano a fim de julgar o agravo regimental em apelação cível nos autos da ação de busca e apreensão 201492118680. Neste caso, permaneceu-se o entendimento manifestado na decisão que negou provimento ao recurso apelatório, que comprovou a teoria do inadimplemento mínimo estabelecendo nexos com outra ação, conforme os principais trechos e ementas constam na ementa a seguir:

tem-se que após o ajuizamento da presente demanda de busca e apreensão, sobreveio sentença (transitada em julgado) exarada nos autos da ação consignatória (...) (protocolo nº 201000924747), no seio da qual o juízo singular decidiu, *in verbis* (f. 152): Ante o exposto, com esteio no art. 269, I do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido formulado para declarar que os depósitos efetivados nos autos constituem efeito de pagamento das parcelas referentes aos meses de janeiro de 2010 a maio de 2013, cujos comprovantes de depósito encontram-se nos autos. De consequência, deve a respectiva importância ser abatida do saldo devedor, se houver. (g.) Extrai-se desse dispositivo sentencial, que o Poder Judiciário declarou quitada quase que a integralidade das prestações objeto do contrato de alienação fiduciária (...) já que, segundo a planilha de débitos (...) encontravam-se em aberto, quando do ajuizamento da busca e apreensão, as parcelas correspondentes aos meses de julho de 2009 a maio de 2013. (...) (TJ-SP, 2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. DECISÃO MONOCRÁTICA CONSENTÂNEA COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO TJ GO E DO STJ. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS. PRÉ QUESTIONAMENTO. INVIABILIDADE. 1. A alienação fiduciária é uma modalidade contratual em que o comprador transfere a propriedade do bem em garantia do financiamento, com caráter estritamente fiduciário, ao passo que o financiador (instituição financeira) detém apenas o domínio resolúvel, bem como a posse indireta, pois o devedor permanece como possuidor direto da coisa até a quitação final do débito. 2. Com a redação conferida pela Lei federal nº 10.931/04 ao § 3º do artigo 3º do decreto-lei 911/69, não há, hodiernamente, que se falar em purgação da mora, mas, tão somente, em pagamento integral do débito conforme os valores apontados na peça de ingresso da demanda de busca e apreensão, como forma de elidir a consolidação da posse do veículo na pessoa do credor. 3. No entanto, restando incontroverso que o devedor adimpliu parcela significativa da dívida porventura pendente, deve ser aplicada a teoria do adimplemento substancial do contrato, pois conceder-se em definitivo a busca e apreensão do bem objeto do litígio, importaria situação jurídica desproporcional para uma das partes, que cumpriu, em grande percentagem, com sua obrigação ajustada no contrato (inadimplência mínima). 4. Descaracterizada a mora, tendo em vista a procedência do pedido de consignação em pagamento, revela-se impositiva a extinção da demanda de busca e apreensão sem resolução de mérito. 5. Caso a parte recorrente, no agravo regimental, não traga argumento novo suficiente para acarretar a modificação da decisão monocrática, o desprovimento do recurso é medida que se

impõe, especialmente porque proferida com espeque na jurisprudência dominante da colenda Corte da Cidadania e deste egrégio Sodalício. 6. Para pré questionar a matéria, basta que a decisão recorrida exponha fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os dispositivos legais indicados pelas partes. 7. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-GO, 2014)

Vale salientar que algumas Cortes Estaduais têm mostrado entendimento no que se refere ao cumprimento prestacional, o qual deve corresponder a, no mínimo, entre 70% e 80% da integralidade do débito para que a utilização da teoria seja viável. A seguir, os julgados dos Egrégios Tribunais de Justiça da Bahia, Rio Grande do Sul e Alagoas:

DIREITO CIVIL. DECRETO LEI Nº 911/69. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. PAGAMENTO DE 70% DA DÍVIDA. AJUIZAMENTO DE REVISIONAL DE CLÁUSULAS. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE DOS JUROS PACTUADOS. PREJUDICIALIDADE EXTERNA CONFIGURADA. SUSPENSÃO DA BUSCA E APREENSÃO. ART. 265, INC. IV, A, DO CPC. VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO REALIZADA POR CARTÓRIO SITUADO EM DOMICÍLIO DIVERSO DO DEVEDOR. PRECEDENTES DO STJ SOBRE OS TEMAS. DECISÃO REVOGADA. (TJ-BA, 2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONSTITUIÇÃO EM MORA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. Não se pode considerar que tenha havido o adimplemento substancial do contrato enquanto não houver a quitação de em torno de 80% do mesmo. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (TJ-RS, 2015)

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SENTENÇA PELA IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO EM CONSÓRCIO. AFASTADA. CUMPRIMENTO SIGNIFICATIVO DO AJUSTE EM PERCENTUAL SUPERIOR A 80%. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. A teoria do adimplemento substancial significa que o devedor satisfaz a sua obrigação em sua quase totalidade. 2. Destarte, não há que se falar em busca e apreensão do bem tendo em vista o cumprimento de grande parte do débito contratado. Contudo, isso não significa dizer que o apelado não possa ser cobrado por outros meios. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (TJ-AL, 2015)

Entretanto, há um temor na aceitação apenas do critério quantitativo das parcelas não cumpridas para o deferimento do pedido de aceitação do adimplemento substancial. Por exemplo, se a parte requerida não possuir nenhum outro patrimônio além do produto em alienação fiduciária e não tenha nenhum modo de arrecadação de proventos, esta seria uma situação incomum.

Aplicando a teoria do adimplemento substancial nestas circunstâncias, o credor procuraria cumprir com o que falta da dívida através de outros procedimentos judiciais, como

executório, monitório ou cobrança. Possíveis penhoras para caução do débito recairiam irremediavelmente sobre aquele mesmo bem, e o imbróglío seria de novo instaurado.

Então não seria sensato impossibilitar aquele que está a cumprir com suas obrigações de perceber todo o valor contratado de forma que evite o prejuízo do inadimplente, que, já despendera grande quantidade de dinheiro para dignificar sua obrigação e não é mais capaz de fazê-lo. Isto posto, há ainda certo caminho a ser percorrido para a consolidação e delineamento da teoria acima estudada no sistema jurídico pátrio.

3.4 EFEITOS JURÍDICOS

A aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis tem como objetivo primordial impedir o credor fiduciário de resolver o acordo, e assim, manter o devedor fiduciante na posse do bem.

Desta forma, apresentam como regra a improcedência do pedido de busca e apreensão, remetendo-se a parte não inadimplente a meios menos gravosos para percepção de seu crédito. Comprovando esta corrente, o acórdão do Tribunal de Justiça gaúcho que deu disposição à apelação 70064568579-RS:

(...) descabe a busca e apreensão, tendo em vista o adimplemento substancial do contrato, dispondo o credor, se houver parcelas inadimplidas ao final do contrato, da Ação de cobrança para exigir eventual saldo devedor. ***Diante do exposto***, voto no sentido de **dar provimento ao apelo** para julgar improcedente a ação de busca e apreensão. Ante o resultado do julgamento, inverte os ônus sucumbenciais estabelecidos na sentença. (TJ-RS, 2015)

Nada impede, entretanto, que seja feita transação extrajudicial ou judicial entre as partes nos autos de busca e apreensão já ajuizada, finalizando a lide resolutória por desistência ou simples acordo de vontades.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou mostrar a importância da criação da alienação fiduciária em garantia de bens móveis, conforme estabelece o artigo n. 1.368-B do Código Civil de 2002, na Lei. 13.043 de 2014, pois, ao diminuir os riscos do negócio para o credor, facilitou o acesso ao crédito imobiliário ao devedor.

O tema proposto neste trabalho mostra-se importante e atual no que se refere à prática forense dos tribunais e superiores do país ligados à Justiça Comum.

Devido a esta facilidade, o número de contratos de alienação fiduciária aumentou. A alienação fiduciária é a compra e venda de um bem entre devedor fiduciante e credor fiduciário, em que a posse direta é transferida ao devedor e a indireta ao credor, para que as obrigações aquisitivas sejam cumpridas.

Este aumento fez com que o número de contratantes inadimplentes também crescesse causando um rompimento nas obrigações contratuais, e assim, o bem negociado pode ser cobrado ou reavido com o devedor através da instituição financeira.

Sendo assim, o Decreto-Lei n. 911 de 1969 estabelece a prática da alienação fiduciária, que é aplicada de forma ampla em relações consumeristas que envolvem acordos de financiamento.

Aumenta de importância o alto número de ações em que o objeto é a pretensão de retomada de bens vendidos sob o gravame do ônus da alienação fiduciária, resultado da inadimplência dos compradores, que enchem a máquina do Judiciário Brasileiro.

Isto se deve ao fácil acesso ao crédito que é ofertado pelo sistema econômico nacional ultimamente, o que faz crescer o quadro de consumidores.

Na expectativa de adquirirem produtos que estão longe do seu alcance financeiro, celebram instrumentos jurídicos com pagamento a prestações continuadas por períodos longos de tempo, com uma falsa percepção de que conseguirão pagá-las em sua totalidade.

Surge a busca e apreensão de bens móveis. A referida norma estabelece que, quando houver mora comprovada por parte do devedor, o credor pode requerer medida liminar e apreensão do bem alienado.

Embora as consequências que decorrem da insatisfação absoluta da dívida contraída nos acordos sejam claras, a extinção contratual acarreta abuso de direito em alguns momentos, confrontando os princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos, devido a grande monta de débito já ter sido paga, de forma que reste apenas parcela insignificante justificável.

A teoria do adimplemento substancial assegura a suspensão da busca e apreensão no que se refere ao adimplemento de maior parcela do contrato. Ela é um dos grandes responsáveis por essa garantia, sendo de grande importância para o Direito Contratual brasileiro. Sempre refletirá em uma limitação dos direitos do credor para que não haja abuso.

No entanto, não se pode tomar como automática e intocável a aprovação judicial ao pedido de resolução contratual por parte do credor fiduciário, uma vez que não são raros os casos em que o devedor fiduciante, mesmo tendo cumprido com grande parte de suas parcelas, não consegue pagar tudo por algum motivo fático alheio ao seu caráter idôneo.

Justamente para ajudar aqueles que demonstram honra e zelo no decorrer do prazo para o cumprimento de suas obrigações é que surge a teoria do adimplemento substancial.

Entretanto, não é suficiente apenas que a quantia não paga seja de pequena monta e o que o inadimplente apresente integridade no desempenho de suas obrigações.

É necessária a preservação dos interesses do credor, mesmo que não seja investido na posse e propriedade plenas do bem, o qual o domínio resolúvel e posse indireta lhe pertencem.

Desta forma, torna-se imprescindível a demarcação de requisitos invariáveis visando à aplicação da tese estudada por intermédio da subsunção e valoração normativas em cada caso concreto, avaliando a possibilidade ou não de seguimento do acordo, orientados pelos preceitos gerais da boa-fé objetiva e função social do contrato.

Atualmente, essa se mostra a melhor forma de conduzir estas situações levadas à apreciação das cortes brasileiras. Vale ressaltar o fato de o estudo e tratamento sobre este assunto complexo ser contemporâneo no sistema jurídico nacional.

Enfim, ao longo dos tempos, na medida em que o Direito exija, pode ser que sofra alterações, uma vez que as transformações sociais são inevitáveis e indispensáveis para a promoção de justiça.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973.

BECKER, Anelise apud BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. *Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

_____. *Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. *Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

Código Civil. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Ed. Atualizada com a MP n. 759/2016. 3 ed. Barueri: Editora Manole, 2017.

Código de Defesa do Consumidor. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 / organização equipe Atlas*. 30. ed. Rev. atual. São Paulo: Atlas, 2018.

Código de Processo Civil. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 5 maio 2019.

CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DENATRAN. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/acessorenavamrenach.htm>> Acesso em: 13 maio 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro 2: Teoria Geral das Obrigações*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

_____. *Direitos reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Alexandre Cortês. *Direito civil: direitos reais*. Caxias do Sul/RS: EducS, 2011.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2 ed. Caxias do Sul, RS: EducS, 2013.

FERREIRA, Antônio Carlos. *Direito Civil Atual: A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (parte 1)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>>. Acesso em: 18 maio 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: Contratos: Teoria Geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSBRASIL. *Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL* : REsp 1418593 MS 2013/0381036-4 - Inteiro Teor. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25094407/recurso-especial-resp-1418593-ms-2013-0381036-4-stj/inteiro-teor-25094408>>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. *Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 716101 RS*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22605605/recurso-extraordinario-re-716101-rs-stf>>. Acesso em: 11 maio 2019.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito Civil: Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

_____. *Direito Civil: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

_____. *Direito civil: Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

_____. *Direito Civil: direito das coisas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, Paulo Restiffe. *Garantia Fiduciária*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

NOGUEIRA, Luciana Monteiro. *Teoria do inadimplemento contratual na alienação fiduciária*. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 18, n. 3492, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23506>>. Acesso em: 10 maio 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/norte.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2020.

SILVA, Clóvis V. do Couto apud BECKER, Anelise. *A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro em perspectiva comparativista*. n. 1, v. 9. Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STJ. *REsp: 272739 MG 2000/0082405-4*. Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. Data de Julgamento: 01/03/2001. T4 – QUARTA TURMA. Data de Publicação: DJ 02.04.2001. p. 299. JBCC. vol. 200. p. 126. RSTJ vol. 150 p. 398. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317395/recurso-especialresp-272739-mg-2000-0082405-4>>. Acesso em: 7 maio 2019.

_____. *REsp: 469577 SC 2002/0115629-5*. Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. Data de Julgamento: 25/03/2003. T4 - QUARTA TURMA. Data de Publicação: DJ 05.05.2003.

p. 310. RNDJ vol. 43. p. 122. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/249971/recurso-especial-resp-469577-sc-2002-0115629-5>>. Acesso em: 7 maio 2019.

_____. *Agravo regimental no agravo em recurso especial*: AgRg no AREsp 53941 RS 2011/0153474-4: inteiro teor. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22830110/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-noaresp-53941-rs-2011-0153474-4-stj/inteiro-teor-22830111>>. Acesso em: 13 maio 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 6 ed. São Paulo: Método 2014.

_____. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Método, 2012.

_____. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 9 ed. São Paulo: Método, 2014.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Código Civil Comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TJ-AL – *APL: 05002431820088020019 AL 0500243-18.2008.8.02.0019*. Relator: Des. Paulo Barros da Silva Lima. Data de Julgamento: 30/03/2015. 2ª Câmara Cível. Data de Publicação: 01/04/2015. Disponível em: <<http://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178675280/apelacao-apl-5002431820088020019-al-0500243-1820088020019>>. Acesso em: 7 maio 2019.

TJ-BA – *AI: 03110623220128050000 BA 0311062-32.2012.8.05.0000*. Relator: José Edivaldo Rocha Rotondano. Data de Julgamento: 27/11/2012. Quinta Câmara Cível. Data de Publicação: 06/08/2013. Disponível em: <<http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115816498/agravo-de-instrumento-ai-3110623220128050000-ba-0311062-3220128050000>>. Acesso em: 7 maio 2019.

TJ-GO – *APELACAO CIVEL 466413-14.2009.8.09.0122*. Rel. DR (A). SERGIO MENDONCA DE ARAUJO. 4A CAMARA CIVEL. Julgado em 07/08/2014. DJe 1605 de 13/08/2014. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>. Acesso em: 7 maio 2019.

TJ-RS – *AC: 70064568579 RS*. Relator: Miriam A. Fernandes. Data de Julgamento: 28/05/2015. Décima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/06/2015). Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194982666/apelacao-civel-ac-70064568579-rs>>. Acesso em: 7 maio 2019.

TJ-RS – *Agravo de Instrumento Nº 70064234289*. Décima Quarta Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Roberto Sbravati. Julgado em 07/04/2015. (TJ-RS - AI: 70064234289 RS, Relator: Roberto Sbravati, Data de Julgamento: 07/04/2015. Décima Quarta Câmara Cível. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/04/2015). Disponível em: <<http://tj->

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/179662147/agravo-de-instrumento-ai-70064234289-rs>. Acesso em: 7 maio 2019.

TJ-SP – AGR: 20165548820148260000 SP 2016554-88.2014.8.26.0000. Relator: Gilberto Leme. Data de Julgamento: 25/03/2014. 27ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 27/03/2014). Disponível em: <<http://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121561751/agravo-regimental-agr-20165548820148260000-sp-2016554-8820148260000>>. Acesso em: 7 maio 2019.

VIEIRA, Katharine Santos. A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos direitos fundamentais. A distinção do princípio da razoabilidade. In: *Diálogo Jurídico*. Ano V, nº 5 set. 2006. Disponível em: <http://fbuni.edu.br/sites/default/files/dialogo_juridico_no_5.pdf#page=189>. Acesso em: 29 jan. 2020.

VENOSA, Silvio Salvo apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Obrigações*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.