



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Bruno Samuel Sion

Rio de Janeiro
2019

BRUNO SAMUEL SION

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Bruno Samuel Sion

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercado e Capitais. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Com o julgamento do REsp nº 1.622.555-MG, o STJ passou a não aplicar a teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia sob fundamento de que essa não é prevista em lei, mas sim decorrente do princípio da boa-fé contratual, previsto no art. 422, do Código Civil. Com isso, seria incompatível com os termos da lei especial (Decreto nº 911/69), que é expressa em assentar a necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente, para viabilizar a restituição do bem ao devedor fiduciante. Porém, tal decisão não é a mais adequada, tendo em vista que não aplicar a teoria do adimplemento substancial à alienação fiduciária em garantia é uma medida desproporcional diante de todas as parcelas pagas pelo devedor, bem como que o princípio da boa-fé objetiva se aplica a todo ordenamento jurídico, inclusive em leis especiais.

Palavras-chave – Direito Civil. Teoria do Adimplemento Substancial. Alienação Fiduciária em Garantia. Boa-Fé Objetiva.

Sumário - Introdução. 1. Da Mora e Inadimplemento na Alienação Fiduciária em Garantia. 2. A Teoria do Adimplemento Substancial e seus requisitos. 3. Críticas à não aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial na Alienação Fiduciária em Garantia. Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

O presente projeto visa a analisar o adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia, tendo em vista sua notória relevância na atualidade devido à crise econômica brasileira, em um cenário em que muitos devedores não conseguem cumprir com as obrigações contraídas.

Nesse contexto, ao contraírem dívidas e, ao restarem parcelas ínfimas para concluir o contrato, os devedores acabam perdendo o bem objeto da alienação fiduciária devido a não aplicação atual do adimplemento substancial nesse tipo de contrato.

Hodiernamente, o STJ mudou sua posição sobre o tema, passando a não admitir o adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia.

Entretanto, o tema é bastante controvertido na doutrina, em que parte desta se mostra contrária à nova posição do STJ.

Para melhor compreensão do tema, serão discutidos, de maneira crítica, os efeitos que a não aplicação do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia possam causar para o direito contratual brasileiro, tendo em vista que recentemente o princípio da conservação dos contratos é mitigado em favor do credor da obrigação neste tipo de contrato.

Almeja-se, principalmente, abordar se tal medida é a mais adequada para a solução do litígio entre as partes.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discorrendo sobre o contrato de alienação fiduciária, bem como sobre as consequências de sua mora e inadimplemento, ponderando sobre a radicalidade da medida de desapropriar o bem objeto do contrato caso a obrigação não seja satisfeita.

O segundo capítulo visa analisar o instituto do adimplemento substancial, os requisitos para que este seja aplicado, tendo em vista que não é empregado de forma indiscriminada, pois caso fosse, geraria inúmeros prejuízos aos credores, com isso, banalizaria tal instituto.

Por fim, o terceiro capítulo aborda o adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia, bem como a mudança de posição do STJ sobre o tema, oportunidade em que será analisada a necessidade de uma medida menos gravosa ao devedor, tendo em vista que a não aplicação do adimplemento substancial pode se apresentar como uma medida desproporcional.

O presente projeto pretende utilizar os seguintes métodos de abordagem como forma de metodologia de pesquisa para desenvolvimento do artigo: dedutivo, que utilizará a compreensão da regra geral para então atingir soluções aos casos específicos, e o dialético, que a partir da pesquisa, argumentação e contextualização, buscará alcançar uma conclusão aos questionamentos formulados.

No âmbito da pesquisa, seu desenvolvimento ocorrerá pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que será escolhido um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. pela pesquisa documental, com a análise de textos legais e doutrinários, códigos e normas dos Tribunais, e a pesquisa bibliográfica, oportunidade em que serão consultadas doutrinas, e, por derradeiro, a pesquisa virtual.

1. DA MORA E INADIMPLENTO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A alienação fiduciária¹ em garantia é um contrato instrumental em que uma das partes, em confiança, aliena a outra a propriedade de um determinado bem, ficando esta parte (em regra uma instituição financeira) obrigada a devolver àquela o bem que lhe foi alienado quando verificada a ocorrência de determinado fato. Além disso, pode-se dizer que a alienação fiduciária é regulada em diversas leis, como, por exemplo: a Lei nº 4.728/65, a Lei nº 10.931/2004, a Lei nº 9.514/97 (alienação fiduciária de bens imóveis), o Código Civil (alienação fiduciária paritária) e o Decreto Lei nº 911/1969.

Ressalta-se que o decreto acima mencionado tem como propósito tratar das medidas para retomada do bem nos casos de inadimplemento.

Nesse contexto, é importante destacar que atualmente o Brasil passa por uma grande crise econômica, o que faz com que o número de inadimplentes seja muito alto². Com isso, os devedores que não conseguem cumprir com as obrigações contraídas, em um contrato de alienação fiduciária em garantia, podem ter o bem objeto do contrato apreendido por meio de ação de busca e apreensão como forma de quitar a dívida.

Dessa forma, nos casos de inadimplemento e mora, o alienante fiduciário pode requerer a ação acima mencionada, conforme o artigo 3º, caput, do Decreto acima mencionado, o qual prevê:

Art. 3º do Decreto Lei 911/1969: O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014).

Observa-se que para a propositura da ação de busca e apreensão em contrato de alienação fiduciária há a necessidade de comprovação da mora, conforme a Súmula nº 72 do STJ³.

Dessa maneira, vale esclarecer que a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não

¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 565.

² GLOBO. *Número de inadimplentes chega a 61,8 milhões e bate recorde, diz Serasa*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/19/numero-de-inadimplentes-chega-a-618-milhoes-e-bate-recorde-diz-serasa.ghtml>>. Acesso em 22 out. 2018.

³ BRASIL. *Súmula nº 72 do STJ*. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2772%27>>. Acesso em: 22 out. 2018.

se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário, com base no artigo 2º, §2º, do DL. nº 911/69⁴.

Ademais, resta-se assegurado ao alienante fiduciário (ou credor) a consolidação da propriedade do bem, com a possibilidade de ele dispor de forma integral deste, inclusive vendendo-o a terceiro caso não seja adimplida a obrigação em sua integralidade no prazo de 5 dias após a execução liminar, conforme parágrafo 1.º do artigo 3º do DL. nº 911/1969, que dispõe da seguinte forma:

Art. 3º, § 1º, do Decreto Lei 911/1969: Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004).

É importante observar que mesmo que se trate de norma processual, a redação do parágrafo desse artigo parece demonstrar que o prazo é de direito material e, com isso, conta-se o prazo a partir da execução da liminar, e não da juntada do mandado aos autos, como aconteceria em matéria processual⁵.

Ademais, também é possibilitado ao devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida pendente no prazo de 5 dias, fazendo com que o bem lhe seja restituído livre do ônus, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 3º do referido Decreto, o qual consagra que:

Art. 3º, § 2º, do Decreto Lei 911/1969: No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004).

Cumprido esclarecer, conforme a posição do STJ⁶, que a Lei nº 10.931/2004, que alterou o DL. nº 911/69, não mais faculta ao devedor a possibilidade de purgação de mora, ou seja, não mais permite que ele pague somente as prestações vencidas.

Dessa maneira, para que o devedor fiduciante possa ter de volta o bem, este terá que pagar a integralidade da dívida, ou seja, tanto as parcelas vencidas quanto as vincendas (mais os encargos), no prazo de 5 dias após a execução da liminar⁷.

⁴BRASIL. *Decreto Lei nº 911*, de 1º de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

⁵ ROCHA, Amélia Soares da; JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral. O adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária em relação de consumo e a (im)possibilidade de ação de busca e apreensão. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 104. ano 25. p. 449. São Paulo: RT, mar.-abr.2016.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. *REsp nº 1.418.593-MS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. julgado em 14/5/2014 (recurso repetitivo). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25094407/recurso-especial-resp-1418593-ms-2013-0381036-4-stj/inteiro-teor-25094408>>. Acesso em: 22 out. 2018.

Nota-se que uma das consequências da mora e do inadimplemento é a rescisão contratual, permitindo ao alienante fiduciário o ingresso da ação de busca e apreensão do bem objeto da obrigação.

Destaca-se ainda, que caso o credor prefira recorrer à ação executiva, serão penhorados, a critério deste, os bens do devedor quantos bastarem para assegurar a ação executiva, conforme o artigo 5º do DL. nº 911/69 o qual dispõe que se o credor preferir recorrer à ação executiva, direta ou a convertida na forma do art. 4º, ou, se for o caso ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução.

Por outro lado, este artigo fica limitado ao princípio da menor onerosidade para o devedor, previsto no artigo 805 CPC/2015, razão pela qual o credor deve optar pelo meio que satisfaça seus interesses, mas que cause o menor ônus ao devedor.

Sendo assim, diante das garantias previstas ao credor, indaga-se sobre o adimplemento substancial no requisito da configuração da mora, sendo necessário analisar se toda e qualquer mora ou inadimplemento tornaria possível tal medida judicial para a retomada do bem alienado fiduciariamente.

Isso, porque, não se nega que os devedores estão submetidos ao cumprimento integral da obrigação, mas também não se pode deixar de examinar a possibilidade de conservação do contrato, conforme o princípio da conservação dos contratos, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, pleiteando o credor apenas a indenização ou adimplemento em casos que fique comprovado a dificuldade do devedor em pagar, bem como a sua intenção de manter a relação jurídica.

Por fim, insta salientar que caso o contrato esteja inserido em uma relação de consumo, este será analisado também com base no Código de Defesa do Consumidor, mesmo que a lei que regule tal instituto seja submetida ao decreto acima mencionado.

⁷ BRASIL. *Não se aplica a teoria do adimplemento substancial para a alienação fiduciária regida pelo DL. nº 911/69* Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/nao-se-aplica-teoria-do-adimplemento.html>> . Acesso em: 22 out. 2018.

2. A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E SEUS REQUISITOS

Inicialmente, cumpre destacar que o conceito de adimplemento substancial tem origem no direito inglês, surgido no século XVIII com o nome de “substantial performance”.

A teoria foi tratada no caso *Boone versus Eyre*, de 1779, julgada pelo Lord Mansfield, no qual este percebeu a necessidade de ser relativizada a necessidade do cumprimento perfeito dos contratos diante do descumprimento de parte acerca do que foi pactuado.

Nesse cenário, faz-se mister citar o voto do ministro Antonio Carlos Ferreira no REsp nº 1.622.555-MG, o qual explica o caso *Boone versus Eyre* da seguinte forma⁸:

Como exemplo paradigmático de situação apta a impulsionar a aplicação da "substantial performance" no Direito inglês é frequente na literatura jurídica a citação do caso *Boone vs. Eyre* (1777), relatado por Lord Mansfield, que teve por objeto um contrato no qual o autor (*Boone*) traditaria uma fazenda e seus escravos, ao passo em que o réu (*Eyre*) pagaria o preço de 500 libras, bem assim prestações anuais de 160 libras, em caráter perpétuo. *Boone* alienou a propriedade, mas não tinha direitos de transferir os escravos. *Eyre*, em um típico caso de *exceptio non adimpleti contractus*, sobrestou o pagamento das prestações anuais. Ao decidir o caso, Lord Mansfield entendeu que o comprador não poderia deixar de pagar a prestação avençada, pois a obrigação de dar a coisa (os escravos) não seria uma condição precedente em face da obrigação de pagar as prestações anuais perpétuas. Em suma, a entrega dos escravos qualificava obrigação secundária, não podendo ensejar a resolução do contrato, cabendo-lhe apenas reivindicar a reparação por perdas e danos.

No Brasil, essa teoria teve como um dos precursores o jurista Clóvis do Couto e Silva, que demonstrou a importância do adimplemento substancial como elemento de interpretação dos contratos, com base na aplicação objetiva do princípio da boa-fé.

Esse princípio está previsto no artigo 422 do código civil⁹ que dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Desse modo, a boa-fé objetiva impõe padrões de conduta para ambos os contratantes tanto para as relações regidas pelo Código Civil quanto para as relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º e 51, inciso IV, do CDC).

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.622.555-MG*. Relator: Marco Buzzi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.622.555&aplicacao=processos.ea&tipoPesquis aGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.622.555&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquis aGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO)>. Acesso em: 14 fev. 2019.

⁹ Idem. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

Destaca-se que esse princípio possui inúmeras funções, em especial a função limitativa de condutas que tem por objetivo limitar o exercício do direito dos contraentes para que estes não incorram em práticas abusivas.

Importante destacar que a função limitativa serve de fundamento para a teoria do adimplemento substancial, tendo em vista que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta injustiça, especialmente naquelas situações em que a quase totalidade do programa obrigacional foi cumprida pelo contratante ou, ao contrário, tendo a outra parte obtido a quase totalidade do proveito que almejava ao contratar.¹⁰

Nesse sentido, retornando ao conceito da teoria do adimplemento substancial, que possui o princípio da boa-fé objetiva como base, leciona o jurista Clóvis do Couto e Silva¹¹:

Adimplemento substancial constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva).

Ou seja, trata-se de um inadimplemento mínimo, no qual o devedor já cumpriu praticamente todo o contrato. Com isso, se o devedor cumpriu quase todo o contrato, restando ínfimas parcelas para o adimplemento total (ex: eram 50 prestações, e o devedor pagou 48) e sendo a mora insignificante, nesse caso, a parte credora não terá direito de pedir a resolução do contrato, pois faltou muito pouco para o cumprimento integral da obrigação.

Assim sendo, o desfazimento do que foi pactuado seria uma medida extremamente desproporcional, injusta, exagerada e que viola a boa-fé objetiva e a segurança jurídica.

Portanto, a teoria adimplemento substancial visa impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em favor da preservação do contrato quando for viável e de interesse dos contratantes, mediante ponderação.

Nesse ínterim, com a ocorrência do adimplemento substancial, a única medida cabível para o credor seria exigir do devedor o cumprimento da prestação que ficou inadimplida e pleitear eventual indenização pelos prejuízos que sofreu.

É importante destacar que até hoje, a teoria do adimplemento substancial não possui previsão legal expressa no ordenamento jurídico, sendo, portanto, uma construção doutrinária e jurisprudencial, tendo como principais fundamentos o princípio da boa-fé objetiva (artigo

¹⁰ GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista de Direito Privado* | V. 45/2011 | p. 71 - 87 | Jan - Mar / 2011 DTR\2011\1117.

¹¹ SILVA, Clóvis Couto e. *Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: RT, 1980, p. 56. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/nao-se-aplica-teoria-do-adimplemento.html>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

422, CC/02), da função social do contrato (artigo 421, CC/02), da vedação ao abuso do direito (artigo 187, CC/02) e ao enriquecimento sem causa (artigo 884 CC/02).

Por conta disso, foi elaborado o enunciado¹² n° 361, do CJF, o qual estabelece que o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475, do Código Civil.

Ressalta-se que o art. 475, do Código Civil¹³ discorre acerca do inadimplemento voluntário ou culposo do contrato, preceituando que a parte lesada pelo descumprimento pode exigir o cumprimento forçado da avença ou a sua resolução por perdas e danos.

Insta salientar, que a teoria do adimplemento substancial por não ter previsão legal possui requisitos para que seja aplicada. Conforme o STJ¹⁴, no REsp n° 1581505/SC, estabeleceu-se que os requisitos são: a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Além disso, destaca-se que para a caracterização do adimplemento substancial devem ser levados em conta os fatores quantitativos e qualitativos, de acordo com o enunciado¹⁵ n° 586, da VII Jornada de Direito Civil.

Com efeito, Anderson Schreiber¹⁶ tece críticas à jurisprudência pátria, pois entende que a mesma vem atuando de forma tímida e apenas tem aplicado o adimplemento substancial no plano quantitativo, quando, de forma diversa, deveria realizar uma verificação qualitativa para apurar se o cumprimento não integral ou imperfeito atingiu ou não a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto.

Ademais, asseverou que não há um parâmetro numérico exato que possa servir como baliza para definição para o adimplemento substancial.

Assim, a proposta trazida por esse doutrinador trata-se de tornar o papel do adimplemento substancial mais abrangente, de modo a afastar a resolução ou outros efeitos

¹² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 361*. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹³ Idem, op.cit., nota 2.

¹⁴ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1581505/SC*. Relator: Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=+1581505&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹⁵ Idem. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 586*. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/839>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹⁶ GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista de Direito Privado* | V. 45/2011 | p. 71 - 87 | Jan - Mar / 2011 DTR\2011\1117.

altamente lesivos que poderiam ser causados pelo inadimplemento, necessitando-se, assim, de análise judicial casuística entre (a) a utilidade de extinção da relação obrigacional para o credor; (b) o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução.

Dessa forma, ao analisar a jurisprudência acerca do tema, pode-se afirmar que o percentual de cumprimento (ou descumprimento) a configurar o adimplemento substancial ainda é aspecto obscuro, embora se possa prever que tendo havido o cumprimento de mais de 80% do contrato, quase sempre, tem-se reconhecido o adimplemento substancial quando restar evidenciada que a conduta do devedor se mostra imbuída da boa-fé objetiva. Portanto, o princípio da proporcionalidade servirá como elemento a iluminar a realidade fática concretamente observada.¹⁷

Nesse sentido, para a aplicação do princípio da proporcionalidade deve-se observar três elementos caracterizadores: (i) a adequação da medida utilizada frente ao resultado almejado; (ii) a necessidade do ato praticado tomando por base ser ele o meio menos gravoso de alcançar o objetivo pretendido; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito a qual busca analisar os custos e os benefícios da medida adotada.

Além disso, para Tartuce¹⁸, “não adianta um cumprimento relevante quando há clara prática do abuso de direito, como naquelas hipóteses em que a purgação da mora é sucessiva em um curto espaço de tempo.”

Vale lembrar que no Código Civil italiano há previsão expressa sobre o adimplemento substancial, no seu art. 1.455, segundo o qual o contrato não será resolvido se o inadimplemento de uma das partes tiver escassa importância, levando-se em conta o interesse da outra parte.¹⁹

Nesse diapasão, resta-se imperioso destacar que na doutrina e jurisprudência italiana, a análise do adimplemento substancial passa por dois filtros²⁰. O primeiro deles é objetivo, a partir da medida econômica do descumprimento, dentro da relação jurídica existente entre os envolvidos. O segundo é subjetivo, sob o foco dos comportamentos das partes no processo contratual.

Para Tartuce, tais parâmetros também podem ser perfeitamente utilizados nos casos brasileiros, incrementando a sua aplicação em nosso país.

¹⁷ ROCHA; JEREISSATI, op. cit., nota 5.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 4: Direito das Coisas. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p 364.

¹⁹ ITALIA. *Código Civil*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>> Acesso em: 19 fev. 2019.

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: Volume único. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p 439.

Portanto, o adimplemento substancial age como um instrumento de equidade acerca da situação fático-jurídica, que permite soluções razoáveis e sensatas, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade, aferindo-se tantos os critérios quantitativos como qualitativos.

3. CRÍTICAS À NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Primeiramente, destaca-se que o REsp nº 1.622.555-MG²¹, o qual mudou a posição do STJ acerca do tema, versava acerca da ação de busca e apreensão pelo Decreto-Lei nº 911/69 ajuizada por Banco Volkswagen S.A em face de Gilvanil da Silva Monteiro, objetivando a retomada do veículo automotor, alienado fiduciariamente em 01/09/2010, o qual o banco concedeu ao requerido um crédito de R\$ 14.739,17 (quatorze mil, setecentos e trinta e nove reais e dezessete centavos) para pagamento em 48 parcelas no valor nominal de R\$ 439,86 (quatrocentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos), ocorrendo o vencimento da primeira em 10/10/2010 e o da última em 10/09/2014.

Ocorre que o demandado não efetuou a quitação das quatro últimas prestações vencidas nos dias 10/06, 10/07, 10/08 e 10/09, perfazendo o montante de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos) e, estando a mora devidamente comprovada nos termos do artigo 2º, § 2º do Decreto nº 911/69.

Diante disso, os desembargadores do STJ acordaram por maioria dos votos que não se aplica a teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia, regidos pelo Decreto-Lei nº 911/69.

Ressalta-se que o acordão teve como voto vencedor o do Ministro Marco Aurélio Bellizze, o qual o fundamentou da seguinte forma²²:

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

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.622.555-MG*. Relator: Marco Buzzi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.622.555&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquis aGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

²² Idem, op.cit., nota 14.

legislativo conferido aos negócios fiduciários em geral, do que ressaltado, conforme se demonstrará, que o Código Civil limitou-se a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, não se aplicando às demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária disciplinadas em lei especial, como é o caso da alienação fiduciária dada em garantia, regida pelo Decreto-Lei n. 911/1969, salvo se o regramento especial apresentar alguma lacuna e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapor às especificidades do instituto regulado pela mencionada lei.

Com isso, observa-se que o referido Ministro fundamentou o voto entendendo pela incompatibilidade da teoria do adimplemento substancial com a lei especial que rege a matéria, sob argumento de que a teoria do adimplemento substancial não é prevista em lei mas sim um consectário do princípio da boa-fé contratual, previsto no art. 422 do Código Civil, sendo in totum incompatível com os termos da lei especial, que é expressa (sem lacuna, portanto) em assentar a necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente, para viabilizar a restituição do bem ao devedor fiduciante.

Além disso, afirmou que extrai-se do Decreto-Lei nº 911/69 que desde que devidamente comprovada a mora ou o inadimplemento, ao credor fiduciário é dada a possibilidade de se valer da medida judicial de busca e apreensão para compelir o devedor fiduciante a cumprir a sua obrigação ajustada, sendo, para esse fim, irrelevante qualquer consideração acerca da medida do inadimplemento.

Porém, tal decisão gerou controvérsias na doutrina pátria, pois parte desta entende que se aplica a teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia e que a nova posição do STJ acerca do tema é um grande retrocesso.

Destaca-se que o professor Flávio Tartuce é um dos doutrinadores que critica tal decisão, tecendo críticas da seguinte maneira:²³

Com o devido respeito, não estamos filiados a tais conclusões e pensamos ser o decisorum um grande retrocesso, pois numerosos eram os julgados da Corte que aplicavam o adimplemento substancial para a alienação fiduciária de móveis (por todos: STJ, REsp 272.739/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01.03.2001, DJ 02.04.2001, p. 299; e REsp 912.697/RO, 4.ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 07.10.2010, DJe 25.10.2010). Primeiro, porque a boa-fé objetiva tem aplicação para todos os negócios jurídicos, inclusive para os negócios reais, não se sustentando o argumento de que os princípios do Código Civil não incidem para a alienação fiduciária. Segundo, porque a teoria do adimplemento substancial tem relação com a conservação do negócio jurídico e com a função social da obrigação. Terceiro, porque não nos parece que o adimplemento substancial incentiva o inadimplemento, até porque, no sistema atual, a boa-fé se presume enquanto a má-fé se prova. Quarto, fica em dúvida a utilidade da medida de busca e apreensão, pois os credores ficarão com uma grande quantidade de bens, sobretudo automóveis, estocados, o que acabará por gerar grandes custos.

²³ TARTUCE, op.cit., 2018, p 1133.

Sendo assim, a boa-fé objetiva tem aplicação para todos os negócios jurídicos, inclusive para os negócios reais, como é o caso da alienação fiduciária em garantia, bem como que a teoria do adimplemento substancial tem relação com a conservação do negócio jurídico e com a função social da obrigação.

Ademais, o adimplemento substancial não incentiva o inadimplemento, até porque, no sistema atual, a boa-fé se presume enquanto a má-fé se prova e ainda indaga acerca da utilidade da medida de busca e apreensão, tendo em vista que os credores ficarão com uma grande quantidade de bens, sobretudo automóveis, estocados, o que ensejará em grandes custos.

Portanto, para Tartuce²⁴, apesar de não ser a alienação fiduciária em garantia um contrato, no sentido jurídico e categórico da expressão, pois se trata de um direito real, a teoria do adimplemento substancial é perfeitamente aplicável.

Nesse sentido é o Enunciado nº 162 do CJF²⁵, que dispõe que “a inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

Com isso, a conversão da mora em inadimplemento absoluto, conforme art. 395 do CC/2002, não pode se dar por meros interesses egoísticos e mesquinhos do credor, mas sim, conforme a boa-fé objetiva (a exigência de comportamento leal dos negociantes) e a conservação negocial.

Vale destacar ainda, o entendimento do doutrinador José Fernando Simão²⁶, o qual também criticou a mudança de posição do STJ. Conforme escreveu o jurista:

Afirmar que a Lei Especial, por ser especial, não sofre os efeitos do princípio da boa-fé, é tese sem fundamento técnico. Lei geral e lei especial se submetem aos princípios dos contratos, ainda que estes não estivessem presentes no texto da lei geral. O princípio é a base do ordenamento e não se submete ao critério da especialidade. Se o argumento for expandido, a boa-fé não se aplica à Lei de Locação que é especial? A boa-fé não se aplica ao Estatuto da Terra que é lei especial? A alienação fiduciária não é menos contrato, nem mais. A decisão é tecnicamente constrangedora. Simples assim.

²⁴ Idem.op.cit., 2017, p 363.

²⁵ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 162*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

²⁶ BRASIL. *Adimplemento substancial e a nova orientação do STJ - E o poder dos Bancos prevaleceu*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/adimplemento-substancial-e-a-nova-orientacao-do-stj---e-o-poder-dos-bancos-prevaleceu/17550>> Acesso em: 10 fev. 2019

Diante disso, observa-se que os princípios são a base do ordenamento jurídico, com isso, deve-se aplicar o princípio da boa-fé objetiva ao Decreto-Lei nº 911/69, tendo em vista que lei geral e lei especial se submetem aos princípios dos contratos, ainda que estes não estivessem presentes no texto da lei geral.

Por fim, o artigo 7º, do Código de Defesa do Consumidor, determina o “diálogo das fontes”, ao estabelecer que o direito do consumidor é maior que o Código de Defesa do Consumidor e este deve dialogar com as inúmeras normas inerentes aos vários aspectos da relação de consumo, tal qual o Dec. nº 911/1969.

Com isso, a expressão “diálogo das fontes” é hoje utilizada fortemente pelos tribunais estaduais e nos juizados especiais para indicar a aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor com mais de uma lei geral ou especial.²⁷

Portanto, diante de todos os argumentos expostos ao longo do presente artigo, pode-se afirmar que a decisão do STJ foi um retrocesso, tendo em vista que não aplicar a teoria do adimplemento substancial a alienação fiduciária em garantia é uma medida desproporcional diante de todas as parcelas pagas pelo devedor, bem como que o princípio da boa-fé objetiva se aplica a todo ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito acerca da aplicação da teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia.

Destaca-se que o tema é objeto de discussão, pois de um lado o Superior Tribunal de Justiça entende pela não aplicação da teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia; de outro, parte da doutrina entende pela sua aplicação.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que o tema ganha grande relevância na atualidade, pois o Brasil vive uma crise econômica, e por conta disso, muitos devedores não conseguem adimplir com as obrigações contraídas quando faltam infirmas parcelas para a obrigação ser concluída em um contrato de alienação fiduciária.

²⁷ ROCHA; JEREISSATI. *op.cit.*, nota 5.

Ressalta-se que em muitas dessas relações aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, pois o credor fiduciário costuma ser uma instituição bancária, o que o configura como prestador de serviço.

Diante disso, o entendimento a que chegou este pesquisador é de que o REsp nº 1.622.555-MG que mudou a posição jurisprudencial acerca do tema foi um retrocesso, pois diante da falta do pagamento de infirmas parcelas, a busca e apreensão do bem seria uma medida extremamente desproporcional para o devedor, com isso, violaria a boa-fé objetiva, tendo em vista que se aplica a todo ordenamento jurídico.

Dessa forma, o principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustenta-se na premissa de que mesmo que a teoria do adimplemento substancial não tenha previsão legal, esta é decorrente do princípio da boa-fé objetiva prevista em inúmeros diplomas legais, como por exemplo: o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Código de Processo Civil.

Além disso, é possível afirmar que por mais que o princípio da boa-fé objetiva não esteja previsto no Decreto-Lei nº 911/69, esse princípio deve ser aplicado, pois os princípios são a base do ordenamento jurídico, com isso, há um diálogo entre as fontes, ou seja, entre o princípio mencionado e a lei que regula a alienação fiduciária em garantia.

Outro ponto importante, é de que o Código de Processo Civil, prevê o princípio da menor onerosidade para o devedor, previsto no artigo 805 CPC/2015, razão pela qual o credor deve optar pelo meio que satisfaça seus interesses, mas que cause o menor ônus ao devedor.

Dessa forma, executar o devedor por meio de ação de busca e apreensão do bem objeto da alienação fiduciária demonstra-se como uma medida extremamente desproporcional e danosa ao devedor, quando estiver preenchido os requisitos para aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Portanto, frise-se que não deve ser fomentado o irresponsável inadimplemento por parte do devedor quando faltarem ínfimas parcelas, tendo em vista que a teoria do adimplemento substancial apenas deve ser aplicada quando preencherem os requisitos com base no princípio da proporcionalidade, pois se o devedor estiver de má-fé, não há que se falar na aplicação dessa teoria.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 361*. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- _____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 586*. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/839>>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- _____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 162*. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283>>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- _____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.
- _____. *Decreto Lei nº 911 de 1º de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 72*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2772%27>>. Acesso em: 22 out. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. *REsp nº 1.418.593-MS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/5/2014 (recurso repetitivo). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25094407/recurso-especial-resp-1418593-ms-2013-0381036-4-stj/inteiro-teor-25094408>>. Acesso em: 22 out. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.622.555-MG*. Relator: Marco Buzzi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.622.555&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1581505/SC*. Relator: Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=+1581505 &aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- CARTA FORENSE. *Adimplemento substancial e a nova orientação do STJ - E o poder dos Bancos prevaleceu*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/adimplemento-substancial-e-a-nova-orientacao-do-stj---e-o-poder-dos-bancos-prevaleceu/17550>> Acesso em: 10 fev. 2019.

CAVALCANTE, Márcio Andre Lopes. *Não se aplica a teoria do adimplemento substancial para a alienação fiduciária regida pelo DL 911/69*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/nao-se-aplica-teoria-do-adimplemento.html>>. Acesso em: 22 out. 2018.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista de Direito Privado* / V. 45/2011 / p. 71 - 87 / Jan - Mar / 2011 DTR/2011/1117.

G1. *Número de inadimplentes chega a 61,8 milhões e bate recorde, diz Serasa*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/19/numero-de-inadimplentes-chega-a-618-milhoes-e-bate-recorde-diz-serasa.ghtml>>. Acesso em: 22 out. 2018.

ITALIA. *Código Civil*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>> Acesso em: 19 fev. 2019.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012.

ROCHA, Amélia Soares da; JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral. O adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária em relação de consumo e a (im)possibilidade de ação de busca e apreensão. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 104. ano 25. p. 449. São Paulo; Ed. RT, mar.-abr.2016.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista de Direito Privado*. V. 45/2011 / p. 71 - 87 | Jan - Mar / 2011 DTR\2011\1117.

SILVA, Clóvis Couto e. *Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: RT, 1980, p. 56. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/nao-se-aplica-teoria-do-adimplemento.html>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito das Coisas. 9. ed. V. 4 rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Manual de direito civil*. volume único. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.