



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA

Patrícia de Lima Bravo Meano

Rio de Janeiro
2017

PATRÍCIA DE LIMA BRAVO MEANO

O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA

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 Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Patrícia de Lima Bravo Meano

Graduada em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO. Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes UCAM

Resumo: trata-se de um artigo que analisa a teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária, que seria forma de extinguir o contrato pactuado, impedindo a rescisão contratual, e se o Instituto da Busca e Apreensão significa rescisão contratual, com a respectiva devolução do bem. Com fundamento jurídico nos princípios da boa fé objetiva, função social do contrato, conclui-se que a teoria do adimplemento substancial é o meio menos gravoso, que favorece ao devedor no cumprimento de obrigações pactuadas quando forem cumpridas em quase sua totalidade.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito do Consumidor. Empresarial. Contrato. Extinção. Adimplemento substancial

Sumário: Introdução. 1. Origem histórica da teoria do Adimplemento Substancial no ordenamento jurídico e os princípios norteadores. 2. Contrato de Alienação fiduciária e o Instituto da Busca e Apreensão como forma de resolução do contrato 3. Aplicabilidade e inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos de alienação fiduciária, uma discussão pautada na doutrina e na jurisprudência do STJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos de Alienação Fiduciária, pois, em razão do aumento do endividamento na sociedade brasileira, tornou-se comum a celebração de contratos por meio da alienação fiduciária para aquisição de bens móveis e imóveis. O objetivo do trabalho é demonstrar a aplicabilidade da teoria substancial como forma de extinção da obrigação, sem caracterizar o enriquecimento ilícito do devedor.

O Direito Brasileiro, induzido pelo inadimplemento dos contratos de alienação fiduciária, inspirou-se na doutrina do Direito Inglês e importou a teoria do adimplemento substancial, que possibilita a realização do pagamento das prestações restantes até o término do prazo contratual, em situações especiais, sem a perda do bem.

Serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais do STJ a respeito do tema, visando à compreensão dos limites da aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial.

O tema em questão é controvertido e gera diversas convicções a respeito do que seja correto e justo em relação à possibilidade de rescisão contratual, por meio da busca e apreensão, bem como a violação positiva ou não do contrato, gerando para o credor a possibilidade de recorrer a meios menos gravosos para receber o valor devido.

Serão apresentados os princípios da função social do contrato, previstos no artigo 421, do Código Civil; a boa-fé objetiva, artigo 422, do Código Civil; vedação ao abuso de direito, artigo 187, do Código Civil; e enriquecimento ilícito, artigo 884, do Código Civil, para fundamentar o adimplemento substancial como forma de extinção da obrigação e ainda se ocorrerá a quebra da base do negócio jurídico.

No primeiro capítulo será abordada a evolução histórica da Teoria do Adimplemento Substancial, a incidência dos princípios da boa-fé objetiva e a função social do contrato como norteadores da Teoria do Adimplemento Substancial.

O segundo capítulo tratará do contrato de Alienação Fiduciária, bem como cumprimento da obrigação e formas de extinção do contrato, e ainda a ação de busca e apreensão como forma de rescisão do mesmo, com a finalidade de elucidar o Instituto da Busca e Apreensão nos contratos de alienação fiduciária.

O terceiro capítulo abordará a aplicabilidade e a inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial nos Contratos de Alienação Fiduciária e as Jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, com objetivo de ratificar a teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista a análise das Jurisprudências dos Tribunais Superiores para demonstrar o surgimento e a aceitação da Teoria do Adimplemento Substancial, bem como sua aplicabilidade e inaplicabilidade nos dias atuais.

1. ORIGEM HISTÓRICA E APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Inicialmente, para um melhor entendimento a respeito do tema abordado, faz-se necessário citar o caso paradigmático *Boone vs Eyre*¹, no ano de 1777, julgado pelas Cortes de

¹ MURRAY, William. *Lord Mansfield Cases*. Disponível em: <<http://sites.millersville.edu/bduncan/233/unit5/mansfield.html>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

Equity, relatado por Lord Mansfield², em que teve como objeto contrato firmado entre as partes em que foi pactuado que o autor traditaria uma fazenda e seus escravos ao réu pelo preço de 500 libras, e 160 libras anuais, em caráter perpétuo. Ocorre que Boone alienou a propriedade, não tinha direito de transferir os escravos com a referida alienação, com isso Eyre deixou de pagar as prestações anuais, sendo, portanto, hipótese de *exceptio non adimpleti contractus*.

No julgamento da causa, Lord Mansfield entendeu que o réu não poderia deixar de efetuar o pagamento das prestações anuais, tendo em vista que a obrigação de entregar os escravos seria secundária, e a obrigação principal seria o pagamento, não podendo ensejar a resolução do contrato, pois já havia sido adimplido substancialmente, razão pela qual não se admitiu a resolução, apenas sendo possível a reparação por perdas e danos.

A partir do julgamento de casos como o de *Boone vs Eyre*³, surgiu a Doutrina do Adimplemento Substancial, originária do Direito Inglês, que tem como objeto a desproporcionalidade contratual, que poderia resultar na resolução do contrato, em situações em que a obrigação havia sido cumprida quase de forma integral pelo devedor.

Com isso a Doutrina do Adimplemento Substancial irradiou -se para países que adotavam o *Civil Law*. No ordenamento jurídico brasileiro, a introdução do tema foi no Direito Civil é atribuída ao professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva⁴, no estudo sobre a perturbação das prestações, a quebra da base do negócio jurídico e o adimplemento substancial.

A Teoria do Adimplemento Substancial não tem previsão no ordenamento jurídico, mas guarda respaldo nos princípios da função social do contrato, a boa-fé objetiva, a vedação ao abuso de direito e ao enriquecimento sem causa, princípios estes tipificados na legislação civil.

A primeira decisão a respeito do adimplemento substancial foi do Superior Tribunal de Justiça, no RESP. 76.362/MT, em 01 de abril de 1995. O caso dizia respeito a dois segurados que ajuizaram ação de cobrança com a finalidade de receber o seguro decorrente de acidente de veículo, ocorre que os segurados não pagaram a última parcela na data do sinistro, razão pela qual a seguradora não liberou o “prêmio do seguro”. Em recurso da defesa, que provido, o Tribunal do Mato Grosso reconheceu a Teoria do Adimplemento Substancial, apli-

² BRITANNICA, Encyclopaedia. *William Murray, Lord Mansfield*: jurista britânico. Disponível em <<https://www.britannica.com/biography/William-Murray-1st-Earl-of-Mansfield>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

³ MURRAY, op.cit., nota 1.

⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: *Estudo de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 68.

cando -a ao caso concreto, em que a seguradora não poderia dar por extinto o contrato pelo inadimplemento de uma parcela e que deveria pagar o prêmio.

No julgamento do Recurso Especial acima citado, ficaram estabelecidos alguns requisitos para aplicabilidade da teoria, tais como: a existência de expectativas legítimas das partes, mantendo-se o mesmo comportamento durante todo o período da existência do contrato; o pagamento faltante deve ser ínfimo em relação ao que já foi pago, e ainda deve ser possível a preservação do negócio jurídico, não impedindo o credor de utilizar meios legais para cobrança.

É importante destacar que para Cristiano Chaves de Faria e Nelson Roselvald,⁵ que o fundamento para aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial é o abuso de direito previsto no artigo 187 do Código Civil⁶.

A doutrina do abuso de direito demonstra que o exercício de uma determinada situação jurídica pode manifestar motivação e ofensiva à função para qual ela fora concedida pelo ordenamento (art.187, CC). Eventualmente haverá um claro despropósito entre o exercício de um direito e os efeitos dele derivados. Desequilíbrio que se torna patente pela própria desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto a outrem.

Já para André Luiz Santa Cruz⁷ a teoria do adimplemento substancial tem como ali-
cerce o princípio da função social dos contratos e a boa-fé objetiva:

A tão prolatada “socialização” do contrato provocada pelo Código Civil de 2002, por meio da consagração dos princípios da função social dos contratos (art. 421) e da boa-objetiva (422), dentre outros, tem dado ensejo, conforme temos destacado neste capítulo, a entendimentos temerários, os quais nos permite afirmar, sem medo, que vivemos um período de “crise” das relações contratuais.

A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial deve ser baseada na interpretação dos artigos 475 e 305, parágrafo único, ambos do Código Civil, que diz respeito à resolução do contrato na hipótese de inadimplemento, bem com a possibilidade de o credor resolver o contrato postulando a reparação por perdas e danos⁸, devendo ser observados os artigos 187, 421, 422 e 884, do Código Civil⁹.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. 6 ed. Salvador: JusPodvium, 2016, p. 601.

⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 11 de janeiro de 2002. Código Civil*. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁷ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p.540.

⁸ TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013, p. 540.

⁹ BRASIL, op.cit., nota 6.

O princípio da função social do contrato diz respeito à finalidade coletiva do contrato, ou seja, o mesmo não deve ser analisado somente sob a ótica do que foi pactuado e sim interpretado de acordo com a meio social vigente¹⁰.

E ainda deve-se observar outros aspectos como: a proteção dos vulneráveis contratuais, que prioriza o hipossuficiente na interpretação do contrato, ou seja, as cláusulas contratuais devem ser claras e de fácil interpretação; e ainda, veda-se a onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual, o contrato deve ser equilibrado para as partes, caso contrário poderá dar ensejo à revisão ou anulação do contrato; sendo este, a última *ratio*, devendo-se priorizar a manutenção dos contratos, desde que respeito o princípio da dignidade humana.

É essencial observar a boa-fé objetiva, este princípio que é basilar nos contratos, no ordenamento jurídico, diz respeito à lealdade dos contraentes. Está relacionada aos deveres anexos dos contratos, como: dever de cuidado; dever de respeito; dever de informação; dever de agir conforme a confiança; dever de lealdade; dever de colaboração; dever de agir com honestidade e o dever de agir com equidade.¹¹

É importante destacar que a quebra desses deveres, gera a violação positiva do contrato, com responsabilização civil objetiva do contratante, não sendo preciso demonstrar a culpa, devendo a parte lesada demonstrar a violação do contrato¹².

E também, deve-se observar o abuso de direito e o enriquecimento ilícito, todos estes princípios devem ser observados no adimplemento substancial, tendo em vista não existir uma regra fechada e sim uma análise ao caso concreto.

2. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E O INSTITUTO DA BUSCA E APREENSÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO

A alienação fiduciária tem origem no direito romano, e detém duas modalidades: a fidúcia *cum creditore* e *sub conditione* do resgate do débito, este, consistia em transferir ao credor o bem para que explorasse como se fosse seu, aquele, o resgatar do valor do débito ao prazo da revenda. Essas duas modalidades foram reunidas e formou-se o negócio fiduciário, em que se realiza a transferência de uma coisa ou de um direito fiduciário a outrem.

¹⁰ TARTUCE, op.cit., p. 550.

¹¹ RAMOS, op.cit., p. 550.

¹² TARTUCE, op.cit., p.598.

A alienação fiduciária de bens móveis é regulada pelo Decreto Lei 911/1969¹³, pela Lei 9.514/97¹⁴, e pelo Código Civil, artigos 1.361 a 1.368¹⁵ que é aplicado de forma subsidiária.

A alienação fiduciária é quando alguém recebe um financiamento para adquirir um bem móvel e durável, ficando este bem alienado para garantir a dívida. A pessoa que contraiu o financiamento chama-se de alienante e o credor do bem em garantia é o fiduciário.

Uma característica importante neste tipo de contrato é que o credor transfere a posse e o domínio do bem ao fiduciante que passa a ter posse direta, bem como torna-se depositário do bem, assumindo toda a responsabilidade pelo encargo.

Ressalta-se, ainda, que o fiduciário é o responsável pela administração dos bens em favor do beneficiário, o fiduciante pode ser qualquer pessoa com aptidão para os atos da vida civil e fiduciário é qualquer pessoa física ou jurídica. Ressalvando a possibilidade de fiscalização pelo Banco do Brasil.

A natureza jurídica é de venda condicional, em que pese a sua aproximação com outros contratos, mas detém características próprias. Tendo em vista que no contrato de alienação fiduciária, uma vez paga integralmente a dívida, o credor perde o domínio da propriedade que lhe foi dada como garantia, ressalvando que o bem é adquirido pelo devedor.

Existe a possibilidade de ser realizado contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, em que o fiduciante, ora devedor, concede em garantia, bem imóvel, transferindo a propriedade resolúvel ao fiduciário, devendo o contrato estar averbado à matrícula do imóvel, no Cartório de Registros, a luz do artigo 23, da Lei nº 9.514/97¹⁶.

Os requisitos para a celebração do contrato de alienação fiduciária estão previstos no artigo 1.362 do Código Civil¹⁷ e também no artigo 24, da Lei nº 9.514/97¹⁸, que são eles: total da dívida, local, data de pagamento, taxa de juros, comissões, cláusula penal, correção monetária e a descrição do bem.

¹³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 911 de 01 de outubro de 1969*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁴ Idem. *Lei 9.514 /97*. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104133/lei-9514-97>>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁵ Idem, op.cit., nota 6.

¹⁶ Idem, op.cit., nota 14.

¹⁷ Idem, op.cit., nota 6.

¹⁸ Idem, op.cit., nota 14.

Na hipótese de inadimplemento do devedor, o credor na qualidade de proprietário fiduciário, pode vender o imóvel para pagamento das despesas, bem como quitar o valor da dívida e havendo saldo remanescente devolve ao devedor.

A mora decorre do vencimento das prestações, deve o credor notificar o devedor por meio de carta registrada com aviso de recebimento, podendo o credor considerar vencidas todas demais parcelas, independente notificação judicial ou extrajudicial.

No caso de bem móvel, é cabível em pedido de liminar a busca e apreensão do bem, devendo ser observada a mora e o inadimplemento, após a concessão da liminar poderá ser realizado o pedido de transferência de registro de propriedade fiduciária, conforme determina o artigo 3º, do Decreto Lei 911/69¹⁹. No mesmo prazo o devedor pode quitar integralmente a dívida.

Na hipótese de bem imóvel, deverá ser realizado, a notificação extrajudicial pelo Cartório de Registro, para que efetue o pagamento no prazo de quinze dias, caso não seja realizada a propriedade será consolidada em nome do credor, assim determina o artigo 26, do Decreto Lei 911/69²⁰.

No que se refere à extinção do contrato, a forma normal é o pagamento integral das prestações avençadas, podendo ainda ser extinto por motivo anterior à celebração e por motivo posterior²¹.

Os motivos anteriores dizem respeito à invalidade contratual, quando é eivado de nulidades, previstas nos artigos 421 a 480 do Código Civil²², e ainda a cláusula de arrependimento, quando podem vir expressa nos contratos sobre o direito de desistir unilateralmente, razão pela qual leva à extinção do contrato. E por último, a cláusula resolutiva expressa quando a ocorrência de evento futuro e incerto leva à extinção.

Já a extinção por motivos posteriores na hipótese de prejuízo a uma das partes tem-se a rescisão contratual, o gênero, e a resolução e resilição são as espécies. A resolução é quando ocorre o descumprimento do contrato, ressaltando que pode ocorrer em quatro situações:

A primeira, quando de forma voluntária, o devedor não pode mais honrar a obrigação seja por dolo ou culpa, com fundamento no artigo 389 do Código Civil²³. O artigo 475 do

¹⁹ Idem, op.cit., nota 9.

²⁰ Ibid.

²¹ TARTUCE, op.cit., nota 8, p. 602.

²² Idem, op.cit., nota 6.

²³ Ibid.

Código Civil ²⁴ prevê que a parte lesionada pode pedir a resolução do contrato ou o seu cumprimento.

A segunda situação diz respeito a inexecução involuntária, por fatos alheios a vontades das partes, nesta hipótese não há em que se falar em perdas e danos.

A terceira está prevista no artigo 478, do Código Civil²⁵, em que a ocorrência de evento extraordinário e imprevisível, somado à onerosidade excessiva leva à resolução do contrato.

E por fim a quarta, que é chamada cláusula resolutiva tácita que guarda respaldo na lei, em decorrência de evento futuro e incerto, ou seja, o implemento de uma condição, poderá extinguir a obrigação contraída.

No que tange à resilição, é direito potestativo, podendo ser bilateral ou unilateral. A resilição bilateral está prevista no artigo 472, do Código Civil²⁶, e estabelece o desejo mútuo das partes em não prosseguir com o contrato firmado. A resilição unilateral é a dissolução contratual por vontade de apenas uma das partes²⁷, nos termos do artigo 473 do Código Civil²⁸.

A extinção também pode ocorrer por morte de um dos contraentes quando se tratar de obrigação personalíssima.

A respeito da alienação fiduciária, tem-se a extinção pelo pagamento integral da obrigação contraída e ainda a hipótese do artigo 475 do Código Civil²⁹, sendo o fundamento legal somado aos princípios da função social, a boa-fé objetiva para o adimplemento substancial.

O credor ainda pode se valer da ação de Busca e Apreensão, que é uma ação autônoma, com rito próprio, que tem como finalidade reaver o bem que está na posse do devedor, que deveria conservá-lo, bem como pagar a dívida contraída, basta a simples mora para dar ensejo à ação.

Ressalta-se que o inadimplemento se dá quando o devedor não cumpre o contrato ou esteja impossibilitado de cumprir, devendo o credor notificá-lo antes do ajuizamento da

²⁴ Idem, op.cit., nota 6.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.155.

²⁸ Idem, op.cit., nota 6.

²⁹ Ibid.

ação³⁰, podendo, ainda, requerer a tutela de urgência para reaver o bem na posse do devedor, tendo em vista que o credor é o possuidor indireto, nos moldes do Decreto Lei nº 911/69³¹. O devedor tem a possibilidade de purgar a mora e permanecer com bem, e da mesma forma apresentar a defesa. Ocorre que se permanecer inadimplemento, o bem vai retornar ao credor, que apenas transferiu a posse e não o domínio.

No âmbito processual, a execução do contrato deve observar o princípio da menor onerosidade para o devedor, dentre vários meios processuais cabíveis deve-se optar pelo menos oneroso para o executado, nada impede que ingresse com a ação de busca e apreensão em hipótese de substancial adimplemento, levando em consideração o princípio da proporcionalidade. Ademais, havendo pagamento integral da dívida, haverá extinção do contrato, se não houver o adimplemento, ocorrerá a rescisão do contrato.

Logo, a ação de busca e apreensão tem como escopo a retomada do bem, em decorrência do inadimplemento das prestações pelo devedor, que tem como finalidade a extinção do contrato; porém a consequência jurídica do adimplemento substancial na hipótese de adimplir por outro meio, que não o pagamento integral das prestações faltantes, é, justamente conservar o contrato, permitindo o pagamento e evitando a rescisão, com isso haverá perda do objeto da ação de busca e apreensão³².

E ainda deve-se analisar se a mora existente é hipótese de adimplemento substancial ou ação própria, mas o credor é quem escolhe, valendo-se das ferramentas processuais que lhes forem disponíveis.

3. DA APLICABILIDADE E INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

A Teoria do Adimplemento Substancial não está prevista no ordenamento, é uma solução jurídica, uma exceção à regra, que tem como finalidade permitir o devedor adimplir o contrato, quando por razões pessoais, financeira e outras que impossibilitem efetuar o pagamento em sua integralidade.

³⁰ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2017, p. 157.

³¹ BRASIL, op.cit., nota 9.

³² MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 263.

O adimplemento substancial tem como objeto evitar a exigência desproporcional do contrato, impedindo, contudo, a resolução do pacto, para permitir a manutenção do status quo contratual. Com isso, exigir a resolução do contrato seria abusivo, tendo em vista que o mesmo foi substancialmente cumprido.

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a Teoria do Adimplemento Substancial observando os princípios da boa fé do devedor e a função social do contrato, com base no artigo 475³³, do Código Civil, quando demonstrado um meio alternativo para cumprimento da obrigação.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁴:

Decisão Monocrática: 28/08/2009
0003333-62.1999.8.19.0204 - APELAÇÃO 1ª Ementa DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 12/04/2011 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL BUSCA E APREENSÃO DE VEICULO CONTRATO DE FINANCIAMENTO INADIMPLÊNCIA DO DEVEDOR VIOLAÇÃO DO PRINCIPIO DA BOA FE OBJETIVA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL INAPLICABILIDADE - TJRJ
"FINANCIAMENTO. BUSCA E APREENSÃO. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.

Deve-se levar em consideração que o devedor sempre cumpriu sua obrigação e em determinando momento, não conseguiu adimplir o pagamento, mas a resolução em si não seria o justo para o devedor; por essa razão, o Tribunal aplica a Teoria do Adimplemento Substancial, para realizar a manutenção do contrato pactuado

Ocorre que as decisões do Superior Tribunal de Justiça não são homogêneas no que diz respeito ao percentual a ser aplicado para resolver a demanda, ou seja, à “mínima parcela faltante” trata-se de um critério matemático rígido, admitindo um percentual de 80 % do contrato cumprido, que a conduta do devedor está eivada de boa-fé objetiva, com isso o princípio da proporcionalidade servirá como alicerce para o referido percentual

A teoria substancial significa que o adimplemento está tão próximo do resultado final, que por decorrência da conduta de uma das partes, não é possível honrar o cumprimento da obrigação, ensejando a resolução do contrato, devendo resolver-se em perdas e danos.

Por outro lado, a jurisprudência atual do STJ entende que não se deve reconhecer a Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos de alienação fiduciária, pois a obrigação

³³ BRASIL, op.cit., nota 22.

³⁴ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 000333-62.1999.8.19.0204*. Desembargador Ricardo Cardozo. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30463/teoria-adimplemento-substancial.pdf> > Acesso em: 30 out. 2017.

do devedor é cumprir o contrato na integralidade. Tendo em vista que o Decreto-Lei nº 911/69³⁵, continua em vigor e no caso de inadimplemento pode se valer da busca e apreensão para resgatar o bem, não podendo o devedor se prevalecer de sua própria torpeza.

A justificativa para inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial é que não existe previsão para aplicação, ademais, o credor deve - se valer da busca e apreensão na hipótese de inadimplemento, para reaver o bem que está na posse do devedor. Contudo, esta hipótese reflete na ordem econômica, tendo em vista que aumentaria a concessão de crédito, dando ao credor maior segurança jurídica nas celebrações dos contratos.

Recentemente o STJ tratou a respeito do tema, no Resp 1.622.555 MG³⁶, que diz respeito:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO.

No julgamento acima, em que pese o inadimplemento fosse de apenas quatro parcelas de um total de quarenta e oito, o ilustre Desembargador priorizou a observância da legislação fiduciária em garantia. Devendo observar o Decreto Lei nº 911/1969³⁷, que diz respeito ao instituto processual da busca e apreensão no caso de inadimplemento que está em vigor até a presente data.

Ressaltou ainda que o devedor deve pagar integralmente a dívida contraída, não baste que quite quase toda a dívida, levando -se em consideração os efeitos econômicos negativos que dela decorrem, não pode prejudicar o devedor que honra seus compromissos.

Logo, o julgamento pelo STJ levou em consideração as partes envolvidas na relação jurídica, bem como os reflexos dos efeitos econômicos a terceiros que não integram a relação, que visa dar segurança aos contratos de alienação fiduciária, que deverão ser resolvidos na hipótese de inadimplemento por meio da ação de busca e apreensão.

³⁵ Idem, op.cit., nota 9.

³⁶ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.622. 555*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/439904571/recurso-especial-resp-1622555-mg-2015-0279732-8/inteiro-teor-439904605>> Acesso em: 30 out. 2017.

³⁷ Idem, op.cit., nota 9.

CONCLUSÃO

A Teoria do Adimplemento Substancial sempre foi utilizada de forma moderada em nosso ordenamento jurídico, com na análise do caso concreto e verificação o número de parcelas faltantes para o cumprimento da obrigação.

Ademais, a prioridade sempre foi a manutenção do contrato, bem como aplicação dos princípios de boa-fé objetiva e função social do contrato, previstos no Código Civil, com a finalidade de possibilitar o credor adimplir o contrato, não em sua forma originária, mas sim, da forma diversa a que foi pactuada.

Quando o devedor deixa de honrar ínfimas prestações, não é vantagem para ele perder o bem. por isso, a possibilidade da aplicação da referida teoria seria uma chance de quitar a obrigação contraída, permitindo a manutenção do contrato firmado, possibilitando ao credor a economia com as despesas processuais, além de receber o valor pactuado.

O credor pode utilizar-se da ação de busca e apreensão para reaver o bem que está na posse do devedor, conforme o Decreto 911/69. Caso ocorra o pagamento, haverá extinção da obrigação.

É necessário observar o meio adequado e proporcional para o credor atender a sua pretensão, seja por meio da ação própria, de busca e apreensão ou pelo adimplemento substancial, devendo o comportamento das partes serem pautados na boa fé objetiva, com a finalidade de afastar o abuso de direito.

Ressalta-se ainda que a resolução do contrato pode gerar custos para as partes, com instauração de processo, pagamento de custas e honorários, e ainda a possibilidade de não encontrar o bem, resolvendo-se em perdas e danos.

Ocorre que o entendimento anterior da jurisprudência era no sentido de aplicar a Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos de Alienação Fiduciária, para possibilitar ao credor permanecer com a posse do bem e o devedor, receber o que foi prometido, apenas receber de modo diverso do pactuado, com a finalidade de resolver o contrato.

Quando ocorre o adimplemento substancial, cabe ao credor a opção de escolher o meio menos gravoso para receber o seu crédito, desde que o devedor realize o pagamento do valor incontroverso ou ainda justifique a razão do inadimplemento do contrato.

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça entende pela não aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial nos Contratos de Alienação Fiduciária, observando o Decreto Lei

nº 911/69, valendo-se do Instituto da Busca e Apreensão na hipótese de inadimplemento do devedor. É importante destacar o papel do STJ como intérprete da lei federal, para justificar a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

A discussão em pauta é o favorecimento do devedor que não honra a sua prestação e pode valer-se da Teoria do Adimplemento Substancial, e por outro lado o devedor que honra em dia o pagamento das prestações, tratando-se de forma desigual os contratantes, ferindo assim, os princípios constitucionais e contratuais.

A solução jurídica seria a mudança na legislação para incluir no ordenamento a Teoria do Adimplemento Substancial, bem como o limite de sua aplicação, para não deixar nas mãos do Poder Judiciário a discricionariedade da aplicação, pois fere o princípio constitucional da isonomia.

Na verdade, essa mudança de entendimento foi de acordo com o caso concreto apresentado, e com isso, gerou a mudança do paradigma. É importante ressaltar que gerou enorme repercussão, pois, concede ao fiduciário maior garantia econômica e jurídica, que é a certeza do cumprimento da obrigação.

De qualquer forma, o Poder judiciário não pode exercer o papel de legislador, deve aplicar a lei ao caso concreto, com isso a tendência é não permitir a adimplemento substancial, haja visto que o Decreto nº 911/1969, continua em vigor e deve ser observado.

Portanto, atualmente a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial nos Contratos de Alienação Fiduciária, ficou prejudicada com o julgamento do acórdão acima transcrito, visto que a matéria, tem base principiológica, mas não está prevista no ordenamento jurídico.

Por derradeiro, a reflexão desde artigo é apresentar a Teoria do Adimplemento Substancial, como forma de resolução do contrato, bem como forma de impedir a ação de busca e apreensão, que perde o seu objeto quando ocorre o adimplemento, e será extinta sem julgamento de mérito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto Lei nº. 911 de 1 de outubro de 1969*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 30 de out. 2017.

 _____ *Lei n.º. 10.406 de 11 de janeiro de 2002. Código Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

 _____ *Lei n.º. 9.514 de 20 de outubro de 1997.* Disponível em: <<https://prespublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104133/lei-9514-97>>. Acesso em: 30 out. 2017.

 _____ Superior Tribunal de Justiça. *Resp n.º. 1.622. 555.* Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/439904571/recurso-especial-resp-1622555-mg-2015-0279732-8/inteiro-teor-439904605>> Acesso em: 30 out. 2017.

 _____ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Julgado n.º 0003333-62.1999.8.19.0204.* Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/23219/o-adimplemento-substancial-como-causa-impeditiva-da-resolucao-contratual>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRITANNICA, Encyclopaedia. *William Murray, Lord Mansfield: jurista britânico.* Disponível em <<https://www.britannica.com/biography/William-Murray-1st-Earl-of-Mansfield>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos.* 6. ed. Salvador: JusPodvium, 2016.

GOMES, Orlando. *Contratos.* 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro.* 5. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais.* 17 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2017.

MIRAGEM, Bruno. MARQUES, Claudia Lima. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MURRAY, William. *Lord Mansfield cases.* Disponível em <<http://sites.millersville.edu/aduncam/233/unit5/mansfield.html>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: *Estudo de direito civil brasileiro e português.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013.