

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DO CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

SUÉLEN CARDOZO KLEINKAUFF

INADIMPLENTO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A TESE
DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

CAXIAS DO SUL

2018

SUÉLEN CARDOZO KLEINKAUFF

**INADIMPLENTO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A TESE
DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso II apresentado no
Curso da Universidade de Caxias do Sul, como
requisito parcial à obtenção ao título de Bacharel em
Direito do curso de Direito.

Orientadora: Prof^a. Ma. Michele Amaral Dill

CAXIAS DO SUL

2018

SUÉLEN CARDOZO KLEINKAUFF

**INADIMPLEMENTO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A TESE
DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 18/11/2018.

Banca Examinadora

Profª. Ma. Michele Amaral Dill (Orientadora)
Universidade de Caxias do Sul - UCS

Profª. Ma. Raquel Cristina P. do Arte

Profº. Me. Gustavo Rech

“Estamos na mesma situação de uma criancinha que entra numa biblioteca repleta de livros em muitas línguas. A criança sabe que alguém deve ter escrito esses livros. Ela não sabe de que maneira nem compreende os idiomas em que foram escritos. A criança tem uma forte suspeita de que há uma ordem misteriosa na organização dos livros, mas não sabe qual é essa ordem.” (Albert Einstein).

RESUMO

Este trabalho visa a analisar a possibilidade de aceitação da tese do adimplemento substancial no contrato de alienação fiduciária inadimplido para não obter a rescisão contratual. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: quando inadimplido o contrato de alienação fiduciária em garantia, o devedor pode alegar o adimplemento substancial para evitar a busca e apreensão do bem móvel ou a reintegração de posse do bem imóvel? Dessa forma, em busca de uma possível resposta ao problema proposto, o trabalho será elaborado em 3 (três) capítulos, sendo o primeiro Alienação Fiduciária, o segundo Inadimplemento do Contrato de Alienação Fiduciária e o terceiro sobre a Tese do Adimplemento Substancial. Este trabalho é de natureza teórica e será desenvolvido pelo método de abordagem analítico.

Palavras-chave: Adimplemento Substancial. Alienação Fiduciária. Credor. Devedor. Inadimplemento.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	7
2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	9
2.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO.....	9
2.2 GARANTIA DO CONTRATO.....	13
2.3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	17
3 INADIMPLEMENTO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	21
3.1 CARACTERIZAÇÃO DO INADIMPLEMENTO.....	21
3.2 EFEITOS DO INADIMPLEMENTO DO CONTRATO.....	22
4 TESE DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	31
4.1 DEFINIÇÃO E REQUISITOS.....	31
4.2 INAPLICABILIDADE DA TESE DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	37
4.3 ANÁLISE DE JULGADOS.....	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
6 REFERÊNCIAS.....	51

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A alienação fiduciária é o modo pelo qual se transfere um bem para garantia de uma dívida em que credor e devedor pactuaram em contrato, sendo que esse bem retornará ao devedor, assim que este adimplir com o que foi proposto no acordo. Essa transferência é somente da propriedade resolúvel e posse indireta. O tema está delimitado do contrato de alienação fiduciária e a tese do adimplemento substancial.

O problema de pesquisa que será abordado parte da ideia em que quando inadimplido o contrato de alienação fiduciária em garantia, o devedor poderá alegar o adimplemento substancial para evitar a busca e apreensão do bem móvel ou a reintegração de posse do bem imóvel.

A hipótese principal foi levantada no TCC I para nortear a pesquisa de que o adimplemento substancial não poderá ser aplicado ao contrato de alienação fiduciária, uma vez que neste contrato é ofertado um bem em garantia, e sendo assim perderia seu objetivo, no qual é o adimplemento total das parcelas, para posteriormente, quando satisfeita a obrigação, seja transferido o bem ao devedor.

O objetivo geral deste trabalho é analisar a possibilidade de aceitação da tese do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária inadimplido para não obter a rescisão contratual.

Aborda-se no primeiro capítulo a alienação fiduciária, em que existe garantia tanto para o devedor/fiduciante quanto para o credor/fiduciário, desta forma, o devedor dá um bem em garantia, para que o contrato seja pactuado entre às partes, este bem retornará para o fiduciante no momento em que o contrato for adimplido totalmente. Sendo assim, o devedor tem a posse do bem em nome de terceiro, ou seja, tem a posse direta, já o credor detém a propriedade resolúvel e a posse indireta deste bem.

Estuda-se no segundo capítulo o inadimplemento do contrato de alienação fiduciária. Esse inadimplemento se dá quando o devedor, por algum motivo, não realiza o pagamento da dívida, conforme pactuado na realização do contrato.

O art. 394 do atual Código Civil prevê as hipóteses de mora do devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. De outra forma, quando o devedor efetua o pagamento e este pagamento é maior que o valor inadimplido, é comum que este ingresse com ação contra a instituição que lhe cedeu o crédito, para assim alegar o adimplemento substancial do contrato pactuado entre estes. Esse adimplemento substancial não está previsto no Código Civil, ele

está fundamentado pelo princípio da boa-fé objetiva, bem como se baseia na função social do contrato, vedando o enriquecimento sem causa e o abuso de direito do credor.

No terceiro capítulo será analisada a tese do adimplemento substancial que decorre de um pagamento maior do que as parcelas que estão inadimplentes no contrato celebrado entre as partes e o que os tribunais vêm decidindo sobre esse assunto.

A importância do contrato de alienação fiduciária decorre de juros mais baixos, além de ser mais benéfico para as partes, pois garante que haja o cumprimento do que foi pactuado, e caso não seja possível cumprir haverá a consolidação da propriedade em nome do credor, para que este não venha a ser prejudicado nesta relação jurídica, ainda, é um processo muito mais simples e célere quando ingressado em juízo ou extrajudicialmente.

Este trabalho é de natureza teórica e será desenvolvido pelo método analítico. Busca-se, por meio da análise específica de um tema, uma abordagem mais ampla desse tema e do contexto em que está inserido; através de leitura e fichamentos de textos doutrinários sobre o tema discutido, bem como textos legais, como Código Civil de 2002, Decreto-Lei nº 911/69, Lei nº 13.043/14, Lei nº 9.514/97 e jurisprudência. Sendo assim, tem-se a finalidade de construção de ideias, com argumentos de diversos autores, nos quais serão analisados e citados ao longo do trabalho. O material a ser utilizado encontra-se junto à biblioteca física e virtual da Universidade de Caxias do Sul (UCS), em sites acadêmicos e dos tribunais.

2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Neste capítulo será abordado o conceito e a classificação do contrato de alienação fiduciária, sua garantia, bem como a função social deste.

2.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A alienação fiduciária não faz parte dos direitos reais, dispostos no art. 1.225 do Código Civil¹, entretanto, esta exerce uma função correspondente as garantias mencionadas no referido artigo. Nesse sentido Chalhub:

a fidúcia, como garantia, exerce função correspondente às garantias reais em geral, sendo, porém, dotada de mais eficácia, pois, enquanto nos contratos de garantia em geral (por exemplo, a hipoteca) o devedor grava um bem ou direito para garantia, mas o mantém em seu patrimônio, na fidúcia, diferentemente, o devedor transmite ao credor a propriedade ou titularidade do bem ou direito, que, então, permanecerá no patrimônio do credor como propriedade-fiduciária, até que seja satisfeito o crédito. (2017, p. 8).

Em outras palavras, mesmo não estando dentro dos direitos reais, a alienação fiduciária por exercer essa mesma função, toma por base a tipificação, características dos direitos reais. Sendo assim, conforme Scavone Junior:

[...] assim, o direito real, ou direito das coisas, é conceituado como o conjunto de normas destinadas a regular as relações jurídicas concernentes a bens corpóreos (materiais) ou incorpóreos (imateriais) suscetíveis de apropriação pelo homem e, bem assim, dotados de conteúdo econômico relevante e significativo. (2011, p.43).

¹ “Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese.

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia

XII - a concessão de direito real de uso; e

XIII - a laje.”

A alienação fiduciária classifica-se como um contrato acessório, em que existe a transferência de um bem a outra pessoa, de outra forma apresenta-se como um contrato acessório pelo modo de haver a alienação de um bem para que este seja a garantia do contrato principal. Para Penteadó:

[...] há direitos reais típicos, que em vista de determinadas operações econômicas, apesar de terem função (atípica), podem assumir outros papéis. É o caso da propriedade. Ela mesma pode ser alienada fiduciariamente para fins de garantia de uma obrigação. Para permitir a aquisição de bens de consumo, por vezes, as empresas concedem crédito e solicitam como garantia a propriedade sobre o bem adquirido. Há assim a transferência do domínio com o fim de garantir o cumprimento do contrato de financiamento ou de mútuo bancário. (2012, p. 142).

Leciona Rizzardo sobre os direitos reais:

[...] a segunda classe de direitos reais, *jus in re aliena*, que não coincide com a previsão do Código Civil de 1916, conhecida também como classe de direitos limitados, abrange a enfiteuse ou aforamento, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, as rendas constituídas sobre imóveis, a promessa de compra e venda irrevogável, o penhor, a hipoteca, a anticrese e a alienação fiduciária em garantia. (2014, p.6).

Segundo alguns autores, a Lei das Doze Tábuas² é a que deu origem ao termo *fidúcia*. Conforme Rizzardo, uma vez um indivíduo empenhou a sua coisa na presença de testemunhas, formando uma convenção com força de lei, desta forma transmitiu-se a coisa ao credor, que se comprometeu a devolver quando fosse cumprida a obrigação. (2014, p. 485).

Em outras palavras, inculido nesse contexto esta a boa-fé, para corroborar, Rizzardo ensina:

[...] um acordo de boa-fé, pelo qual uma pessoa, denominada fiduciária, recebe da outra, o fiduciante, uma coisa móvel, mediante uma venda. Quem recebe a coisa se compromete em lhe dar uma destinação própria e a restituí-la quando exigida. (2014, p. 485).

Com isso, a boa-fé está presente na alienação fiduciária também, pois presume-se que após o pagamento a coisa retornará ao seu dono.

Tendo em vista que a alienação fiduciária é uma espécie de contrato e classifica-se como sendo um contrato consensual, uma vez que as partes realizam em acordo, caracterizando-se como bilateral, bem como oneroso e formal.

² Disponível em: <<http://api.adm.br/direito/TABUAS.htm>>

Pode-se destacar como anteriormente mencionado por Scavone Junior, que podem ser bens móveis e imóveis, sendo que no caso de bens móveis terá efeito real, na medida em que irá existir a transferência da propriedade, porém sem a entrega efetiva da coisa, ou seja, o credor terá a posse indireta, conforme Wald (2002, p. 60) posse indireta é a: “posse mediata ou indireta daquele que transferiu o objeto ao possuidor imediato ou indireto.”, ou seja, aquela em que a coisa propriamente dita não está na posse do credor.

De outra forma, a posse do devedor será a posse direta, que conforme Wald (2002, p. 60): “posse direta ou imediata, que pertence a quem está direta ou imediatamente em contato com a coisa.”, ou seja, aquela em que o devedor exerce diretamente sobre a coisa, porém com a propriedade em nome de terceiro, entretanto este poderá continuar utilizando o bem.

Para que haja a propriedade em nome de terceiro, é necessário haver uma cláusula, chamada Constituto Possessório, que também é chamada de *Cláusula Constituti*, que é aquela que em que o devedor continua com a posse do bem, só a titularidade é que se transfere para terceiro.

o constituto possessório se dá quando a posse continua com a pessoa, mesmo após a perda da titularidade do bem. Exemplo é quando há a venda de um imóvel, mas o vendedor continua habitando o imóvel como locatário. (MOREIRA, 2015, *online*, sem página).

Diante disso, após o pagamento da dívida, a titularidade do bem retorna ao devedor.

O Decreto-Lei nº 911/69 é o que dispõe sobre a alienação de bens móveis, bem como a Lei nº 13.043/14.

O devedor terá a mera posse direta do bem e poderá utilizá-lo, cabe destacar que essa posse não será como detentor do bem, mas sim como promitente comprador, que será “dono” do bem assim que quitar a integralidade da dívida em que se comprometeu a pagar.

Para os bens imóveis, utiliza-se a Lei nº 9.514/97, além do Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, de janeiro de 2002, sendo que caso o devedor não pague a dívida como pactuado, poderá essa instituição que financiou o bem, buscá-lo através da consolidação em seu nome, bem como após essa consolidação haverá obrigatoriamente um leilão para aliená-lo.

Para corroborar com a caracterização, pontua Fernandes:

[...] a alienação garantida por fidúcia é caracterizada por ser uma forma de garantia real, que visa garantir o cumprimento de um determinado contrato, notadamente na compra e venda financiada. Assim é negócio jurídico bilateral, ocorrendo quando o credor fiduciário adquire a propriedade resolúvel e a posse indireta de determinado bem [...]. (2016, p.162).

Por propriedade resolúvel, entende-se que é aquela que advém de uma condição, conforme Wald (2002, p. 187): “a propriedade resolúvel é aquela que surge dependendo de uma condição ou termo resolutivos. Assim, por exemplo, o fideicomisso em virtude do qual a propriedade do fiduciário, pela sua morte, se transmite ao fideicomissário.”, ou seja, assim que a condição, como por exemplo o pagamento da dívida, se opera, então termina o direito da propriedade resolúvel do titular.

Rizzardo:

[...] em função do instituto em si, e da definição do art. 1.361 do Código Civil, chega-se a que o devedor transfere ao credor a propriedade de bens móveis, com o escopo de garantir o pagamento da dívida contraída, assegurando-se, ao ser liquidada a obrigação, voltar ele a ter a propriedade do bem transferido. (2014, p.489).

Desta forma, a alienação fiduciária é uma forma de adquirir um bem, na confiança da outra parte, para que após o adimplemento do contrato ocorra a devolução deste para o devedor.

Marques Filho comenta:

[...] mas o que caracteriza o negócio fiduciário é a confiança no comportamento leal dele, fiduciário. Uma vez limitado este poder pela lei, fica descaracterizado o negócio fiduciário, pois este, em linha de princípio, só pode se considerado como tal enquanto sujeito ao “jogo da *fides*”. (2005, p. 43).

Sendo assim, as partes entram nesse negócio baseados na confiança de ambas, ou seja, estas de certa forma irão cumprir com suas obrigações, sendo que o devedor tem o dever de pagar as parcelas e o credor de transferir o bem ao final do contrato.

Ainda, o contrato de alienação de bens imóveis não deixa de ser um contrato típico, em que a sua estrutura baseia-se na lei, para isso o art. 24 da Lei nº 9.514/1997:

o contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterà:

I - o valor do principal da dívida;

II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;

III - a taxa de juros e os encargos incidentes;

IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;

V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;

VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;

VII - a cláusula dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Desta forma, cumprindo todos esses requisitos o contrato de alienação fiduciária se faz perfeito para contratação de ambas as partes. Importante mencionar que no contrato deverá constar a declaração do fiduciante, informando sua vontade de alienar sua coisa ao credor e da mesma forma o credor deverá manifestar a sua aceitação.

2.2 GARANTIA DO CONTRATO

A alienação fiduciária tem a finalidade de ser uma garantia para a aquisição de uma propriedade, sendo assim o credor se torna o proprietário fiduciário, para isso basta que seja registrado no ofício imobiliário, e caso haja um eventual inadimplemento do contrato por parte do devedor, o credor poderá consolidar em seu nome essa propriedade, tornando a alienação fiduciária um modo mais eficaz caso não ocorra o cumprimento do que foi pactuado em contrato.

Sobre o conceito de propriedade, assevera Penteadó:

[...] a propriedade fiduciária consiste no domínio que se aliena ao credor para fins de garantia de dívida pecuniária, assegurando mediante, traslado da propriedade, o cumprimento da obrigação. (2012, p. 528).

Neste mesmo sentido, conceitua Wald:

a propriedade é o mais amplo dos direitos reais, abrangendo a coisa em todos os seus aspectos. É o direito perpétuo de usar, gozar e dispor de determinados bem excluindo todos os terceiros de qualquer ingerência neste. Essa plenitude do direito de propriedade distingue-o dos outros direitos reais, denominados direitos limitados. (2001, p. 104).

Segundo o conceito de propriedade, esta é a propriedade em geral, em que não houve alienação de bens ainda, já no conceito de Penteadó, houve a alienação fiduciária, então essa propriedade é alienada para o credor em garantia.

Adentrando na garantia da alienação fiduciária, Gomes conceitua:

[...] alienação fiduciária em garantia como o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a

devolvê-la tão logo venha a ocorrer o acontecimento a que se subordinara tal obrigação, ou tenha solicitada a restituição. (1975, p.18).

Rizzardo contribui:

[...] trata-se de um negócio fiduciário de garantia, pelo qual o devedor transfere a favor do credor a propriedade de uma coisa móvel, permanecendo com ele a posse, e colocando-se na posição de depositário. (2008, p. 1298).

Faz-se necessário conceituar posse, a qual é o exercício de um direito não jurídico, ou seja, não é um direito real, mas é um fato em que alguém detém alguma coisa, o artigo 1.196 do Código Civil dispõe: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”, ainda Penteadó preceitua:

[...] a posse, embora seja um fato constatável empiricamente e que se verifica, nos termos do CC 1.196 pelo exercício de um poder não jurídico, gera direitos não reais no sentido técnico, nem tão pouco direitos pessoais. (2012, p. 72).

A garantia deste contrato pode ser tanto de bens móveis, quanto de bens imóveis, sendo assim, é necessário analisar o art. 1.361 do Código Civil, em que dispõe o conceito de propriedade fiduciária resolúvel de coisa móvel:

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.

Já a Lei nº 9.514/97, em seu art. 17, dispõe sobre as espécies de garantias:

as operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por:

I - hipoteca;

II - cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis;

III - caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis;

IV - alienação fiduciária de coisa imóvel.

§ 1º As garantias a que se referem os incisos II, III e IV deste artigo constituem direito real sobre os respectivos objetos.

§ 2º Aplicam-se à caução dos direitos creditórios a que se refere o inciso III deste artigo as disposições dos arts. 789 a 795 do Código Civil.

§ 3º As operações do SFI que envolvam locação poderão ser garantidas suplementarmente por anticrese.

Em conjunto com essas disposições ainda deve ser analisado o Decreto-Lei nº 911/69, sendo que este alterou a redação do art. 66 da Lei nº 4.728/1965:

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 as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

§ 1º A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros, e conterà, além de outros dados, os seguintes:

a) o total da dívida ou sua estimativa;

b) o local e a data do pagamento;

c) a taxa de juros, os comissões cuja cobrança for permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;

d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.

Todos esses dispositivo de leis, informam o que é a propriedade fiduciária de bens móveis e imóveis e como ocorre sua transferência. Dessa forma, a garantia do contrato de alienação fiduciária pode incidir sobre os bens móveis infungíveis, bem como sobre os bens móveis fungíveis, isto é, em títulos de créditos e valores mobiliários, sendo que essa alienação pode ser contratada por pessoa física ou jurídica, quer dizer, não é privativa de instituições financeiras integrantes do sistema habitacional.

Para esse fim, o contrato deve ser celebrado por escrito, e também deve ser registrado no Registro Público de Títulos e Documentos, no caso de bens imóveis, ou no Departamento de Transito para bens móveis.

Tendo em vista que este contrato é acessório de outro, como por exemplo, o de compra e venda em que neste caso o devedor aliena seu bem para dar em garantia, com o fim de quitar o financiamento celebrado com uma instituição financeira, verifica-se que esses

contratos, em regra, são de adesão, pois o devedor adere ao que lhe foi proposto para conseguir o financiamento.

Mesmo sendo este contrato de adesão o devedor ao contratar já sabe das condições, assim preenchendo-se os requisitos para que haja a alienação fiduciária, também é importante perceber quem pode ser parte dessa relação, ou seja, para poder contratar essa modalidade de financiamento. Sendo assim, existe o devedor/fiduciante, que é aquele que irá transferir a coisa sua ou de terceiro, com o fim de obter um crédito, do outro lado tem a figura do credor/fiduciário, que é aquele que adquire essa propriedade fiduciária, em que o devedor está lhe dando em garantia, tendo em vista que essa garantia é para assegurar que a obrigação principal de pagar seja cumprida.

Caso essa garantia pereça se deteriore, Marques Filho menciona:

[...] ao dispor que a utilização da coisa corre “por conta e risco” do fiduciante, a lei atribuiu ao devedor os riscos pelo seu perecimento ou deterioração culposa. Neste caso, a dívida considerar-se-á vencida, em decorrência da deterioração ou perecimento da garantia, salvo se o devedor, intimado, a reforçar. (2005, p.53).

Neste contexto, percebe-se que o devedor arcará com o ocorrido e sua dívida passará a estar vencida, pois o bem estava em sua posse, mas no caso de este mesmo devedor dar outro bem em garantia, quando intimado, então ficará como se fosse aquele bem o primeiro a ser dado em garantia e o contrato continuará.

De suma importância informar que é vedado ao credor reter o bem para pagamento da dívida, pois isso acarretaria o enriquecimento ilícito deste, quer dizer, é proibido o “pacto comissório”, que se caracteriza por ser uma garantia que o devedor dá ao credor, podendo assim, outorgar a escritura do bem quando houverem prestações a serem pagas. Entretanto o art. 1.365, parágrafo único do Código Civil menciona: “O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.”, ou seja, neste caso admite a dação em pagamento para resolver a obrigação, conforme art. 356 do Código Civil.³

Ainda, existe a garantia para que haja proteção do crédito no contrato de alienação fiduciária, isto é, a garantia pessoal, que tem por finalidade que o devedor cumpra com a obrigação a qual se propôs, tendo em vista que caso ele não cumpra, os seus bens pessoais são buscados para o fiel cumprimento de sua dívida. Também há a garantia real, em que o

³ “Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.”

devedor aponta um bem, ou seja, este menciona o bem que caso não seja cumprida a sua obrigação, então esse bem que ele escolheu será usado para pagamento da dívida em primeiro lugar.

No que diz respeito aos bens que podem ser usados em garantia, ensina Saad:

[...] bens são coisas materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito. Assim interessam ao direito as coisas suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem e apreciável economicamente, tais como: prédios, semoventes, moedas, etc., pelo que coisa (material ou imaterial) seria espécie do qual o bem é gênero. (2001, p. 85).

Sendo assim, com o contrato que tem a garantia fica melhor para ambas as partes, pois estas sentem-se em uma relação de maior confiança, uma vez que caso não seja feito o pagamento, existe um bem para buscar e tomar como garantia, o que torna cada vez mais esse contrato utilizado entre as partes que desejam adquirir bens.

2.3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O contrato de alienação fiduciária atinge diversos tipos de pessoas, pois é o modo pelo qual se podem adquirir bens com valores e condições melhores, tratando-se de uma modalidade em que existem taxas de juros menores do que outras linhas de créditos, porque pode-se deixar um bem em garantia até que a dívida esteja quitada, garantindo o cumprimento do contrato.

Martins e Rossi asseveram:

[...] tal instituto representa um grande avanço se comparada a outros meios até então comumente utilizados, tais como a garantia hipotecária, ao passo que a Alienação Fiduciária representa maior segurança e, sobretudo, agilidade ao agente financeiro na perseguição do pagamento de uma operação inadimplida [...] se por um lado tal ampliação foi benéfica às Instituições Financeiras, pois, como já dito, tal modalidade de garantia lhes confere maior segurança e agilidade em eventual necessidade de se excutir uma dívida, sendo possibilitado que todo o procedimento de excussão se dê mediante via extrajudicial, considerando que a alienação fiduciária de bem imóvel é regulada pela lei 9.514/97, lei esta que conserva um espírito mais atrelado ao Sistema de Financiamento Imobiliário, não demorou muito para que alguns regramentos impostos por esta lei começassem a conflitar com o espírito do que se buscava ao se admitir a alienação fiduciária de bem imóvel como garantia de operações financeiras. (2017, *online*, sem página).

Neste mesmo sentido, pontua Chalhub:

característica essencial do negócio fiduciário, portanto, é que o meio jurídico utilizado sempre extravasa o resultado econômico objetivado, registrando-se, aí, a presença da fidúcia, vale dizer, a confiança em que o fiduciário, tendo recebido um poder jurídico formalmente ilimitado sobre a coisa que lhe foi transmitida – isso é, o poder de titular do domínio –, dele não fará uso senão para atender à finalidade definida no contrato celebrado entre ele e o fiduciante. Disso resulta que a transmissão ou a atribuição da propriedade ou do direito não encerra um fim em si mesma, sendo, antes, um meio para se alcançar o objetivo desejado efetivamente pelas partes, que há de ser a constituição de uma garantia, a realização de investimentos ou empreendimentos, a administração de negócios etc. (2017, p.32).

Diante disso, cabe salientar que no caso de inadimplemento do contrato e o credor tenha feito a venda desse bem, então terá sido obtido à satisfação do crédito, ou seja, o devedor não será mais responsável pelo pagamento da obrigação, uma vez que ela já se satisfaz com a venda do bem que lhe foi dado em garantia. Caso haja a venda do bem e falte dinheiro para quitar, nos casos de bem imóvel, a dívida é considerada extinta, já para os bens móveis o credor poderá ingressar com ação de cobrança para cobrar o restante do que faltou.

Entretanto, caso a venda dessa bem tenha sido satisfeita, conceitua Martins Filho:

[...] a alienação fiduciária tem por finalidade assegurar o cumprimento de um contrato principal. Uma vez cumprida a obrigação principal, o contrato atinge sua finalidade, e a propriedade fiduciária se resolve, Como consequência da acessoriedade, se o contrato principal for nulo, nula será também a alienação fiduciária; se anulável, ela será válida até a anulação daquele. Extinto o contrato principal, extingue-se a alienação fiduciária. (2005, p. 48).

Conforme citado, como a alienação fiduciária decorre de um contrato principal, pois a mesma é um contrato acessório, se o principal se extinguir, por exemplo com o pagamento, o acessório também se extinguirá, fazendo com que a função da alienação fiduciária esteja satisfeita, pois houve seu cumprimento.

Venosa leciona:

[...] a alienação fiduciária surge como cláusula adjeta do contrato de compra e venda. Cuida-se do ato de alienação. É instrumento que almeja a garantia fiduciária, esta sim um direito real. Sua finalidade principal é propiciar maior facilidade ao consumidor na aquisição de bens, com garantia mais eficaz ao financiamento protegido pela propriedade resolúvel da coisa financiada enquanto não paga a dívida. O legislador municiou o credor com

instrumentos processuais eficazes para a proteção do seu crédito. (2014, p. 90).

Com isso, faz-se necessário entender o conceito de consumidor e fornecedor, sendo assim a Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990 dispõe:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Como a alienação fiduciária é um instrumento mais eficaz, neste caso não se faz necessária a venda com reserva de domínio, uma vez que a propriedade ficará com o devedor, diferente da venda com reserva de domínio em que a propriedade fica com o vendedor até o pagamento integral da dívida. Ou seja, neste caso o credor não é proprietário pleno, mas sim detém a propriedade resolúvel do bem, uma vez que é proibido ao credor ficar com a coisa alienada, conforme § 6º do Decreto-Lei 911/69: “É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.”

Por esses motivos é que o contrato de alienação fiduciária tem uma função importante, pois além de garantir o contrato com um bem, este especifica as condições para que ocorra essa alienação, ficando bom para os dois lados tanto para o credor quanto para o devedor, uma vez que o devedor tem taxas mais baixas para adquirir seus bens e o credor terá uma garantia caso a dívida não seja paga.

Conforme Theodoro Júnior:

[...] a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico. (2008, p.31).

Deste modo mesmo que terceiros não façam parte do contrato, deverá haver o respeito de seus efeitos no meio social, uma vez que esse negócio jurídico tem um papel importante, tanto na ordem econômica, quanto no desenvolvimento da sociedade. Ainda sim, a boa-fé prevalece nos contratos, tendo em vista que ninguém assume uma responsabilidade para ter seu direito lesionado pela parte contrária.

Cabe ainda mencionar que a alienação fiduciária não pode ser confundida com o penhor ou com a hipoteca, para isso Franco leciona:

[...] nestes, o devedor permanece com o domínio pleno do bem dado em garantia. Não há desmembramento da propriedade. O que existe é um encargo, um ônus sobre essa propriedade, que acompanha o bem por onde quer que vá. O proprietário-devedor permanece com o poder de dispor da coisa, mas o credor tem o direito de seqüela. Vale dizer: o direito de perseguir a coisa em poder de quem quer que a detenha, podendo reivindicá-la das mãos do eventual terceiro adquirente. Já na alienação fiduciária em garantia, o devedor-financiado não tem o poder de disposição. Se porventura aliena o bem sem autorização da instituição financeira, responde pelo crime de estelionato, pois vende coisa da qual não poderia dispor. (2013, p. 102).

Para esse entendimento, corrobora Scavone Junior:

[...] decorrência da oponibilidade *erga omnes*, a seqüela é a faculdade concedida ao titular do direito real de perseguir a coisa nas mãos de quem quer que a detenha, de apreendê-la para sobre a mesma exercer o seu direito real. (2011, p. 46).

No mesmo sentido de Franco, pontua Venosa:

[...] o devedor não pode dispor da coisa a qualquer título, pois ficará sujeito às penas do crime de estelionato. A alienação da coisa ou a cessão de posição contratual somente podem ocorrer com a inafastável concordância do credor. (2014, p. 96).

Com isso, percebe-se que no contrato de alienação fiduciária a posse e a propriedade são transferidas para o credor em detrimento de um negócio subsidiário, em que o devedor não poderá vender o bem dado em garantia, sem o consentimento do credor diferenciando neste ponto do penhor e hipoteca, em que pese o bem será seu após a dívida ter sido paga integralmente, ou seja, até que isso ocorra, o devedor não poderá dispor do bem, e se fizer estará cometendo crime de estelionato, tendo em vista que haverá uma fraude contra o patrimônio.

3 INADIMPLEMENTO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Neste capítulo será abordada a caracterização do inadimplemento do contrato de alienação fiduciária, e os efeitos que decorrem desse inadimplemento.

3.1 CARACTERIZAÇÃO DO INADIMPLEMENTO

Por inadimplemento entende-se a impossibilidade que o devedor, tem de pagar a prestação no tempo, lugar e forma em que esta foi pactuada no contrato, para isso serão analisados os aspectos importantes, como a mora do devedor que terá como consequência o inadimplemento do contrato.

No contrato de alienação fiduciária, o devedor se compromete ao pagamento das parcelas e que foi estipulado no momento da contratação. Conforme o contrato pactuado entre as partes, neste consta onde serão pagas as parcelas, o valor devido, a quantidade de prestações e que o devedor assume pagar, o prazo de seu pagamento, entre outras informações importantes.

Nem todos os contratos são adimplidos em sua forma integral, isto é, com o pagamento de todas as parcelas do modo avençado, uma vez que por algum motivo específico, seja de ordem pessoal ou material, poderá ocorrer o não pagamento desta dívida. Assim acontecendo a chamada mora do devedor, que se dá pelo vencimento da dívida, ou o pagamento de forma contrária ao que foi pactuado, consequentemente causando o inadimplemento do contrato.

Esse inadimplemento pode ser parcial, ou seja, quando a prestação é realizada em parte, ou total, quando se descumpre totalmente a obrigação, entretanto, na maioria das vezes o que verifica-se é o inadimplemento parcial, quando já ocorreu o pagamento de algumas parcelas e as vincendas se tornam vencidas ao longo do contrato. Para Venosa:

[...] quando a obrigação é líquida e certa, com termo determinado para o cumprimento, o simples advento do *dies ad quem*, do termo final, constitui o devedor em mora. É a mora *ex re*, que decorre da própria coisa, estampada no *caput* do art. 397 do atual Código: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.”. (2014, p. 337).

O art. 397 do Código Civil menciona a obrigação positiva e líquida, entende-se como positiva a obrigação de dar ou fazer, já a obrigação líquida a prestação é certa, isto é, sabe-se qual é o seu objeto.

No mesmo artigo, configura-se a mora *ex re*, segundo Scavone Junior (2011, p.193), se dá quando: “havendo dia de vencimento certo, independentemente de qualquer atitude do credor, o devedor estará constituído em mora se não cumprir a obrigação na data determinada.”, ou seja, o credor não precisa avisar, pois está previsto em lei, ocorre automaticamente e o devedor sabe. Já a mora *ex persona*, constante no parágrafo único do art. 397 do Código Civil: “Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial”, esta, será necessária a providência do credor.

Para Furtado (2014, p. 13): “Se de um lado o credor tem completo interesse em ver seu crédito adimplido, não se pode negar que o devedor também tem interesse em cumprir sua obrigação.”

Como já mencionado, nem todo devedor tem a intenção de descumprir com o pagamento do contrato, entretanto quando ocorre esse fato, algumas providências são tomadas, para que se faça cumprir a obrigação.

3.2 EFEITOS DO INADIMPLENTO DO CONTRATO

O devedor ao torna-se inadimplente, uma vez que este deixou de cumprir as parcelas a qual se propôs a pagar, abre a possibilidade de o credor tomar algumas providências para que ocorra o cumprimento obrigação.

O art. 394 do atual Código Civil prevê: “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”.

O artigo 397 do Código Civil também dispõe: “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.”. Sendo assim, os referidos dispositivos de lei mencionam quando o devedor está constituído em mora e sua inadimplência.

a mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento da prestação, ou seja, se o devedor não pagar uma determinada prestação na forma, na época, no valor e no lugar convencionados no contrato, estará constituído em mora. (CHALHUB, 2017, p.189).

Conforme citado, o fato de o devedor não fazer o pagamento da prestação, na forma como foi pactuada, na época, o valor diferente ou o lugar, constitui-se este em mora, corroborando o que já vinha sendo informado no presente texto.

Ocorrendo a mora, o art. 395, parágrafo único, do Código Civil preceitua: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”, ou seja, além da obrigação estar inadimplida o credor poderá cobrar pelas perdas e danos em que o devedor lhe causou.

De outra forma, quando essa prestação for útil para o credor, então não se fala em inadimplemento absoluto, mas sim em relativo, que seria a mora do devedor, neste caso não sendo hipótese de resolução do contrato.

Caso essa prestação não seja mais útil para o credor, e ele não preferir o cumprimento da obrigação, conforme anteriormente mencionado, este poderá exigir a resolução do contrato por inadimplência do devedor, além das perdas e danos.

No entendimento de Pontes de Miranda (2012, p. 393), a resolução do contrato, se iguala a um contrato que nunca existiu, tendo em vista que ao desfazer o vínculo que ligava os contratantes, faz com que as partes retornem ao *estatus quo ante*, isto é, ao estado antes da conclusão do contrato.

Para Furtado:

a pretensão de resolução contratual pelo credor deve passar por um cuidadoso processo de filtragem: muito embora a inexecução crie para a parte prejudicada o direito de resolução, seu exercício há de passar por uma análise de merecimento de tutela. De fato, é possível que o pleito de resolução eventualmente seja abusivo, e por essa razão indigno de proteção jurídica. (2014, p. 24).

Com o intuito de não trazer prejuízos para nenhuma das partes, deverá ser analisado a boa-fé objetiva, não sendo possível somente a vontade do credor, ou capricho de sua parte em resolver o contrato, mas sim uma motivação justa para que isso ocorra, como é o caso da utilidade da prestação, quando esta não se faz mais pertinente naquele momento, pois o credor também não é obrigado a aceitar a prestação fora do prazo ou de forma diferente do que foi pactuado no contrato. Tendo em vista que este não deve arcar com os prejuízos que o devedor causou no momento que deixou de pagar conforme estipulado em contrato.

Conforme Roppo (2009, p. 254), existem três possíveis causas para que ocorra a resolução do contrato: “(i) a impossibilidade da prestação; (ii) a onerosidade excessiva superveniente; e (iii) o cumprimento defeituoso, ou inexato, da prestação pelo devedor.”

A impossibilidade da prestação é quando se torna impossível o pagamento desta, podendo decorrer de caso fortuito ou de força maior.

Sobre a onerosidade excessiva superveniente, o art. 478 do Código Civil dispõe:

nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Dessa forma, ao ocorrer um acontecimento imprevisível e extraordinário, torna-se excessivamente onerosa para umas das partes o cumprimento da obrigação. Já o cumprimento defeituoso ou inexato por parte do devedor, caracteriza-se como sendo de forma que não corresponde ao que se propôs a pagar.

Existindo alguma dessas três possibilidades, então é possível que o credor ou o devedor resolva o contrato. Ao pensar na onerosidade excessiva superveniente, esta se dá quando o devedor ao tentar adimplir com a prestação, torna-se difícil, mas não é o caso de ser impossível, entretanto outro indivíduo também não conseguiria adimplir se estivesse no seu lugar. Para Aguiar Júnior:

quando há impossibilidade definitiva e total da prestação, não se põe nenhuma dificuldade para o reconhecimento do incumprimento definitivo. Porém, tratando-se das outras causas, haverá necessidade de determinar quando uma prestação ainda possível ou ainda parcialmente possível pode ser rejeitada, por caracterizar-se o incumprimento definitivo, fundamento da resolução do negócio. É preciso estabelecer critérios para definir a passagem do simples incumprimento para a inutilidade da prestação ao credor. (2008, p. 130).

Em vista Da mora, o contrato tem como efeito o vencimento antecipado das demais parcelas, vencidas e vincendas, uma vez que a dívida é uma só, mesmo que seja possibilitado ao devedor pagar em várias parcelas. Sendo assim o credor irá buscar o pagamento destas, com juros e correção.

O credor/fiduciário é titular da propriedade resolúvel e posse indireta do bem, ou seja, face à alienação fiduciária, essa propriedade é temporária, até que o devedor/ fiduciante pague toda a dívida, conforme o art. 1.368-B do Código Civil estabelece: “a alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor.”, com o pagamento integral a dívida, resolve-se a propriedade, retornando ao alienante/devedor.

Todavia, nem sempre é possível o pagamento total do contrato, assim ocorrendo o inadimplemento por parte do devedor, então o credor poderá tomar algumas providências, que em caso de bens móveis, em que o bem tenha sido entregue ao credor, este deverá promover imediatamente a venda do bem, para o pagamento da dívida.

Conforme o art. 2º do Decreto-Lei nº 911/69, que altera a redação do artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e estabelece as normas sobre alienação fiduciária:

no caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.

O credor não poderá reter para si a coisa, mesmo que esteja previsto com cláusula no contrato, tendo em vista que é vedado o pacto comissório em contratos de garantia real, de outra forma é vedado que o credor fique com o bem dado em garantia, uma vez que poderia haver o enriquecimento ilícito do credor, para isso o art. 1.364 do Código Civil dispõe:

vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.

Bem como, o art. 1.365 do Código Civil: “É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.”. O parágrafo único do mesmo artigo prevê: “o devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.”.

O art. 1.366 dispõe: “quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante”

Corroborando, Venosa menciona:

há incongruência entre o fato de o credor tornar-se proprietário pleno do bem pelo não pagamento da dívida e a impossibilidade de ficar com a coisa. Contudo, a construção legal visou impedir abusos, pois a finalidade é eminentemente garantidora da obrigação, não se tratando de contrato de alienação de bens. A finalidade quanto as móveis é o crédito ao consumidor, e não a aquisição. (2011, p. 419).

A vedação do pacto comissório é importante para que não haja abusos por parte do credor em pressionar o devedor para ficar com o bem, com um preço inferior ao de mercado e enriquecer ilicitamente.

Restiffe Neto e Sérgio Restiffe mencionam que:

a proibição do pacto comissório tem por finalidade evitar que o devedor por qualquer modo ficasse coagido e, sob a pressão da necessidade, fosse levado a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória. (2000, p. 504).

Entretanto, conforme mencionado anteriormente, o credor poderá vender a terceiro, sem necessidade de leilão, hasta pública ou avaliação prévia, tendo em vista que visa satisfazer seu crédito.

Ainda o credor poderá fazer a busca e apreensão do bem, em que neste caso será concedida por meio de liminar, conforme artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69:

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.

Sendo que após cinco dias de executada a liminar de busca e apreensão a propriedade do bem será consolidada de forma plena, bem como exclusiva em nome do credor. Essa medida é a mais eficaz quando ocorre o inadimplemento, pois é possível reaver o bem e fazer a venda para a quitação do contrato ou pelo menos de parte deste.

Existe também a forma de o credor, na hipótese de não localizar este bem, solicitar a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, com base no art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69 dispõe:

se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, fica facultado ao credor requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva, na forma prevista no Capítulo II do Livro II da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

E caso todas essas tentativas de reaver o bem forem frustradas, então o credor poderá ingressar com ação autônoma de execução, de acordo com o art. 5º do Decreto-Lei nº 911/69:

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.

Já para os bens imóveis, o pagamento é condição especial para que a sua propriedade retorne ao fiduciante, tendo em vista que este transfere a propriedade resolúvel do imóvel como garantia, havendo o pagamento em sua integralidade, se extingue a obrigação.

A Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, e em seu art. 26 e parágrafo primeiro menciona sobre o não pagamento da obrigação:

vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

Desta forma, a não purgação da mora caracteriza inadimplemento absoluto do contrato, tanto das parcelas vencidas e vincendas. Porém, ao contrário dos bens móveis em que o credor pode vender o bem em leilão, para os bens imóveis o credor deverá ingressar com a ação de execução de título extrajudicial, uma vez que se fosse utilizado o leilão, possivelmente o valor adquirido com a venda não alcançaria o valor correspondente a dívida do devedor, mas nada o impede de fazer o respectivo leilão depois de consolidada a posse em seu nome.

Sobre a consolidação do bem em nome do credor, esta se dá independentemente de intervenção judicial, conforme o art. 26 parágrafo 7º, da Lei nº 9.514/1997:

[...] decorrido o prazo de que trata o § 1o sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio.

Assim, decorrido o prazo de 15 (quinze) dias e não haver o pagamento, o credor poderá solicitar que o Oficial do Registro de Imóveis, averbe na matrícula do bem o inadimplemento da prestação, bem como consolide a propriedade em nome deste.

Restando consolidada a propriedade em nome do credor, nos 30 (trinta) dias subsequentes a consolidação poderá então este, por meio de leilão público, vender a propriedade, nos termos do art. 1.364, do Código Civil:

vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.

Nos casos de dação em pagamento fica dispensada a venda do bem em leilão, bem como nos casos em que o devedor queira readquirir o imóvel pelo valor do saldo devedor.

O leilão será realizado em dois momentos, conforme art. 27, §2º e 3º da Lei nº 9.514/1997:

se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes. No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

Dessa forma, se em primeiro momento o valor ofertado for inferior ao do contrato, então será designado um segundo leilão 15 (quinze) dias após o primeiro. Em que será aceito o maior lance ofertado, devendo ser esse lance igual ou superior ao valor da dívida e demais despesas.

De outra forma, ao ocorrer o segundo leilão, e mesmo assim não sendo ofertado valor que alcance a dívida, então o devedor ficará isento de pagar saldo remanescente, bem como a dívida ficará extinta, conforme §5º do art. 27 da Lei nº 9.514/97: “se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

A explicação para que o devedor não precise responder por eventual saldo remanescente está atrelada ao fato de que este por haver perdido seu imóvel em decorrência do inadimplemento do contrato já teria sido punido, não necessitando então, responder por este saldo.

Entretanto, existem alguns julgados sobre a inaplicabilidade do art. 27, §5º, tendo em vista que alguns julgadores discordam quanto ao fato de o credor não poder cobrar o saldo remanescente.

[...] EXECUÇÃO GARANTIDA POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA Imóvel oferecido em garantia fiduciária, cujo valor é inferior ao do crédito perseguido pelo exequente. Considerando que o valor do imóvel ofertado em garantia fiduciária é insuficiente para quitação integral da dívida, a execução, em tese, pode prosseguir visando à satisfação do saldo devedor remanescente, ressalvada a reapreciação desta controvérsia em caso de eventuais embargos Decisão mantida [...] (TJSP – AI 2059447-31.2013.8.26.0000; 24ª Câmara de Direito Privado; Rel. Plínio Novaes de Andrade Júnior; j. 27/03/2014).

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, também seguiu o mesmo posicionamento.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. LEILÃO DE IMÓVEL DADO EM GARANTIA PARCIAL DE DÍVIDA. PREÇO, EM SEGUNDA PRAÇA, INSUFICIENTE PARA QUITAR A DÍVIDA POR INTEIRO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 27, § 5º, DA LEI N. 9.514/1997. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283/STF. AGRAVO IMPROVIDO (STJ – AgREsp nº 818.237 - SP (2015/0298116-0); Decisão monocrática Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 02 fev. 2016, Publicação: DJ 17 fev. 2016).

[...] o Tribunal de origem entendeu que o preço obtido pelo imóvel dado em garantia não serviria para quitar integralmente a dívida (afastando, portanto, o art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/1997) tendo em vista as características do contrato. Assinalou, em primeiro lugar, que a dívida não foi contraída para aquisição do bem excutido. Além disso, o gravame constituído se deu expressamente como garantia parcial da dívida. Finalmente, haveria previsão contratual expressa (cláusula 20) de que a execução das garantias ofertadas não elidiria, restringiria ou eliminaria o direito de crédito do banco.

As razões recursais não impugnaram esses fundamentos, o que atrai a incidência da súmula 283/STF. [...].

Conforme os referidos julgados, os tribunais entenderam por continuar com a execução até que se satisfaça toda a dívida, nos casos em que o valor arrecadado com a venda do bem não seja suficiente para quitá-la.

Por fim, o inadimplemento do contrato traz prejuízos tanto para o credor quanto para o devedor. Embora não se espere que ocorra dessa forma, muitas vezes, o devedor, não podendo arcar com a dívida ou não querendo arcar com esta, o credor não poderá ficar sem o valor em que emprestou para a compra de determinado bem, assim cabendo-lhe exercer seu direito de cobrar a dívida e resolver o contrato.

Diante disso, tendo em vista o inadimplemento do contrato, o credor poderá fazer jus ao que lhe é de direito, exigindo a satisfação da dívida e perdas e danos que o devedor lhe causou.

4 TESE DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Neste capítulo será abordado a definição e os requisitos do adimplemento substancial, a aplicabilidade da tese do adimplemento substancial em caso de inadimplência do contrato de alienação fiduciária, bem como julgados dos tribunais pátrios.

4.1 DEFINIÇÃO E REQUISITOS

O adimplemento substancial é caracterizado como sendo o pagamento da maioria das parcelas, entretanto, ao se deparar com o pagamento quase que de forma integral do contrato, o devedor, por suas razões de ordem pessoal, moral, financeira, ingressa com ação revisional, para rever os juros do contrato, bem como atingir a finalidade principal, qual seja, dar-se por quitada toda a obrigação, como por exemplo, com o pagamento de oitenta por cento das parcelas.

É muito comum que isso ocorra nos contratos de alienação fiduciária, tendo em vista que são de fácil acesso da população, por terem juros mais baixos e não serem tão demorados quanto a sua pactuação. Embora recentemente em decisão de tribunal tem-se que a tese do adimplemento substancial não poderia mais ser aplicada nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis, sendo que deveria ser cumprido a obrigação na sua modalidade integral, e não substancialmente, como vinha sendo aplicado em decisões anteriores a esta.

O adimplemento da obrigação decorre do pagamento da forma pela qual foi pactuada no contrato que foi estabelecido entre as partes, de forma que ambas saiam satisfeitas da relação contratual. Assim para Silva Pereira:

o desfecho natural da obrigação é o seu cumprimento. De sua própria noção conceitual, como vínculo jurídico atando temporariamente os dois sujeitos, decorre a existência de uma operação inversa, pela qual os vinculados se desatam. A isto se dá o nome de 'solutio', vocábulo que herdamos – solução – e nos dá a idéia de estar o vínculo desfeito e o credor satisfeito. Paralelamente se emprega, com o mesmo sentido que ato liberatório, e com muito maior freqüência, a palavra pagamento, que no rigor da técnica jurídica significa o cumprimento voluntário da obrigação, seja quando o próprio devedor lhe toma a iniciativa, seja quando atende à solicitação do credor, desde que não o faça compelido. (2004, p. 167).

Para Diniz, o pagamento pode se dar de duas maneiras:

o termo pagamento pode ser empregado em sentido: 1) **lato, para designar a execução satisfatória da obrigação, ou seja, solução, adimplemento, resolução, cumprimento**. Percebe-se daí que o vocábulo em tela abrange quaisquer meios extintivos da relação obrigacional, correspondendo à ‘solutio’ do direito romano, pela qual se dissolvia o ‘vinculum júris’ da obrigação. Deveras, o adimplemento é o modo direto ou indireto de extinção da obrigação, incluindo não só a efetivação exata da prestação daquilo que forma o objeto da obrigação, incluindo não só a efetivação exata da obrigação, como também a novação, a compensação, a confusão, a transação, remissão de dívida, etc.; 2) **restrito, para indicar certo meio de extinção da obrigação, significando a execução voluntária e exata, por parte do devedor, da prestação devida ao credor, no tempo, forma e lugar previstos no título constitutivo**. Ter-se-á, então, o pagamento quando o devedor – por iniciativa própria ou atendendo solicitação do credor, desde que não seja compelido – cumprir exatamente a prestação devida, sem nenhuma notificação relevante fundada em lei e sem quaisquer alterações na substância do vínculo obrigacional. Assim sendo, pagamento seria uma espécie do gênero adimplemento, ou melhor, um meio direto e voluntário de extinguir a obrigação. (2004, p. 218, grifos nossos).

Desta forma, o pagamento é o cumprimento voluntário da obrigação por parte do devedor, entretanto nem sempre o devedor vai cumprir a obrigação de forma voluntária, e quando a maioria das parcelas foram cumpridas, porém ainda restam parcelas a serem cumpridas, então começa-se a análise da teoria do adimplemento substancial.

A palavra teoria, conforme Plácido e Silva, vem do grego e significa:

do grego ‘theoria’ (contemplar), exprime e designa o conjunto de princípios e leis fundamentais, que servem para relacionar, ou para dirigir uma ordem de fenômenos, tornando-se, destarte, necessário e indispensáveis ao conhecimento de uma ciência, ou de um arte. Opondo-se a prática, a teoria resulta no conhecimento especulativo e puramente racional de uma ciência ou de uma arte, independentemente de aplicação. Sendo a teoria fundada em princípios básicos já demonstrados, não se confunde com a hipótese, mera suposição acerca de fato que se tem como verdadeiro. No direito, como em qualquer outra ciência, as teorias têm o propósito de fixar princípios que servem de fundamento ao Direito Positivo, ou que bem esclarecem as razões científicas que devem dominar a elaboração das leis tendo predominância quando de sua utilização. É a teoria, assevera PICARD, que inspira o Direito Legal, preparando-lhe as matérias, desbravando o terreno sobre o qual é a lei edificada (cfr. Direito Puro, §29). Várias são as teorias que se firmam no Direito, todas elas com o intuito de estabelecer regras orientadoras e firmar princípios dominantes. (1997, p.336-337).

Já o termo substancial, para Plácido e Silva, não pode faltar, pois é essencial para a própria coisa:

do latim *substantialis*, de *substantia*, significa etimologicamente tudo que é real, essencial, efetivo, material, positivo, predominante. Sem se furta ao sentido originário, substancial, no sentido originário, substancial, no conceito jurídico, revela, em relação às coisas, aos atos, às obrigações, o que é essencial, próprio ou inerente às coisas, aos atos, às obrigações, ou aos contratos pelo que não lhes pode falar nem lhes pode ser omitido, sob pena de não valerem segundo a vontade da própria lei. Assim, sob qualquer aspecto, o que é substancial, por interessar, ou ser integrante da natureza da própria coisa, não lhe pode faltar, desde que, assim se registrando, está a coisa afetada em seu *abstractum* isto é, em sua própria substância, não se apresentado, juridicamente, nas condições, ou nos precisos termos da lei. (1997, p.282).

O adimplemento substancial não está previsto no Código Civil, mas sua origem se deu no Direito Consumerista Inglês, no século XVIII, conforme Tartuce:

a origem da teoria se encontra no Direito Costumey Inglês, especialmente na utilização do termo *substantial performance*, sendo mencionado como um dos seus primeiros casos a contenda *Boone v. Eyre*, de 1779. 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. (2015, *online*, sem página).

O caso *Boone* ocorreu quando *Elissane* ingressou com ação contra *Eyre*, tendo em vista que *Eyre* havia atrasado a parcela do contrato que haviam firmado, sendo que *Eyre* havia se responsabilizado por pagar 500 libras e uma renda mensal anual de 160 libras para *Elissane*, desde que essa transferisse a propriedade de plantação, que detinham escravos vivendo no local com posse mansa e pacífica. Entretanto *Eyre* acabou por atrasar a prestação, fazendo com que *Elissane* ingressasse contra ele para garantir o seu direito. Na época o Lord *Mansfield*, o qual julgou o caso, entendeu que o comprador não estava liberado do pagamento, por mais que na propriedade não haviam mais escravos, sendo assim julgou procedente a demanda, tendo em vista que o contrato distinguia as obrigações, não sendo uma obrigação dependente da outra, mas sim uma obrigação secundária, podendo ser resolvida em perdas e danos. Desse modo, não era possível a resolução do contrato. (TARTUCE, *online*, sem página).

No direito estrangeiro, como no Direito Italiano o art. 1.455 do Código Civil, menciona que “o contrato não pode ser resolvido se a falha de uma das partes é de pouca importância, dado o interesse da outra parte”, bem como no Direito Português, no art. 802, nº 02, do Código Civil prevê:

se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indenização.

No Direito Alemão, conforme Becker:

[...] a partir da cláusula geral da boa fé, inserta no § 242 do BGB, e, especificamente, do § 320, II, também do BGB, não se permite ao credor rechaçar uma prestação que lhe seja oferecida, não em sua totalidade, mas na qual falta apenas uma pequena parte em relação ao todo, sem que haja interesse objetivamente fundado que se oponha à aceitação da parte oferecida. (1993, p. 67).

No Direito Francês, o art. 1.184 do Código Civil dispõe:

la condición resolutoria se sobreentenderá siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las dos partes no cumpla su obligación. En ese caso, el contrato no se resolverá de pleno derecho. La parte con respecto a la cual no se hubiera cumplido la obligación, podrá elegir entre exigir a la otra al cumplimiento de la obligación si ello fuera posible, o pedir La resolución con indemnización por daños y perjuicios. La resolución deberá ser demandada judicialmente, y podrá ser concedido al demandado un plazo según las circunstancias.⁴

Neste caso, a norma francesa prevê que em relação à parte que não teria sido cumprida a obrigação, o credor poderá optar por exigir que o outro contratante cumpra ou, se possível, solicita a resolução ou compensação por danos, porém a resolução deverá ser demandada judicialmente.

Na Espanha, não houve a positivação da teoria do adimplemento substancial. Conforme Bussatta:

ao contrário dos anteriores, não há no Direito espanhol regra específica sobre a gravidade do inadimplemento para fins de resolução dos contratos. O art. 1.124 do Código Civil espanhol, da mesma forma que o art. 475 do Código Civil Brasileiro, silencia sobre os adjetivos necessários para que o incumprimento seja resolutorio. Contudo, a jurisprudência é firme em somente admitir a dissolução do vínculo contratual quando o incumprimento “seja verdadeiro e próprio, grave, essencial, de importância e transcendência

⁴ “a condição resolutoria sempre será entendida nos contratos sinalagmáticos, para o caso em que uma das duas partes não cumpre sua obrigação. Nesse caso, o contrato não será totalmente resolvido. A parte com relação à qual a obrigação não foi cumprida, pode escolher entre exigir que a outra parte cumpra a obrigação se isso fosse possível, ou solicitar uma resolução com compensação por danos. A resolução deve ser processada judicialmente e pode ser concedida ao réu um termo de acordo com as circunstâncias.” (Tradução: google tradutor)

para a economia, ou que tenha a entidade suficiente para impedir a satisfação econômica das partes. (2008, p. 50).

Para os argentinos, o contrato pactuado entre as partes será resolvido se houver o descumprimento da obrigação de tal forma que para o credor não seja mais satisfatório o cumprimento daquela forma.

Assim leciona Bussatta:

Da mesma forma que no Direito espanhol, não há no Direito argentino nenhuma disposição legal sobre a gravidade do inadimplemento. Contudo, tanto a doutrina como a jurisprudência têm ressaltado a necessidade de que incumprimento dever ser importante, grave, de não escassa importância, de grande magnitude, em razão de que o contrato é orientado pelo princípio da conservação, bem como seria contrário à boa-fé contratual o exercício do direito subjetivo de resolver o contrato em tais casos. (2008, p. 52).

Já no Brasil esta é uma tese que foi desenvolvida com o passar do tempo e com as análises que eram feitas por juristas e doutrinadores, em que um dos primeiros a mencionar essa tese foi o jurista Clóvis do Couto Silva.

Assis menciona que “o adimplemento ruim pode versar parte modesta, diminuta e infinitesimal da prestação. O direito inglês cunhou, a respeito, a doutrina da substancial performance.” (1999, p. 116), bem como “o próprio fundamento da noção de adimplemento substancial, que se liga à idéia de proibir o não adimplente de postular a prestação alheia, comprova a validade e subsistências de pontos comuns.” (1999, p. 118).

Esta tese, do adimplemento substancial, está baseada no princípio da boa-fé objetiva das partes, bem como na função social do contrato, na vedação do abuso de direito e no enriquecimento sem causa.

Para Schreiber:

[...] conclui-se, ao menos à luz do direito positivo brasileiro, que a boa-fé objetiva e o abuso do direito são conceitos autônomos, figuras distintas, mas não mutuamente excludentes, círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa-fé. Entre nós, portanto, é possível falar em abuso do direito por violação à boa-fé, sem que aí se esgotem todas as espécies de abuso, ou todas as funções da boa-fé. (2012, p. 119).

No mesmo sentido, Negreiros aduz:

Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e

nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica. (2002, p. 140-141).

Ainda o Enunciado n. 361 CJF/STJ, estabelecendo 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”.

O art. 475 do Código Civil dispõe: “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.”. Sendo assim, se o credor for lesado nessa relação poderá exigir perdas e danos para não sair ainda mais prejudicado.

Quando o devedor contrata com determinada instituição financeira, compromete-se ao pagamento de todas as parcelas do contrato, entretanto, no final das parcelas, percebe que os juros estão altos, ou valendo-se da má-fé encontra um meio de extinguir o contrato sem o pagamento integral destas, assim ingressando com ação contra essa instituição que lhe cedeu o crédito, alegando o adimplemento substancial das parcelas. Para Fernandes:

a verdadeira tradução da igualdade substancial repousa no princípio do equilíbrio da relação obrigacional. A igualdade substancial vem para mitigar o dogmatismo da igualdade formal, que ora se vê relativizado. Por lógico, tal equilíbrio não se manifesta no senso aritmético, devendo ser entendido de acordo com a obrigação como processo; assim não o percebemos entre as partes, mas em relação ao conteúdo da obrigação. (2010, p.32).

Em outras palavras, para que exista esse adimplemento substancial, não basta só alegar que ocorreu o mesmo, deve haver um equilíbrio da relação obrigacional, ou seja, nem todos os casos, devem ser interpretados da mesma forma, pois muitas vezes o devedor está agindo de má-fé ao ingressar com a ação, valendo-se do abuso de direito e do enriquecimento sem causa, tendo em vista que ao contratar, se comprometeu com as parcelas, uma vez que eram justas naquele momento.

Conforme Negreiros (2006, p.237), “ainda que a norma contratual ou legal preveja a rescisão do contrato, o fato de a prestação ter sido substancialmente satisfeita veda ao credor, de acordo com os ditames da boa-fé, o exercício do direito de rescisão.”, ou seja, pelo princípio da boa-fé, o devedor terá que pagar a dívida assumida na sua totalidade, não podendo resolver o contrato pelo pagamento de determinadas parcelas, tendo em vista que deve haver a manutenção do equilíbrio das respectivas prestações na qual as partes celebraram

o contrato, bem como o próprio credor não poderá rescindir o contrato, mas exigir somente as parcelas faltantes.

4.2 INAPLICABILIDADE DA TESE DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Tendo em vista que o inadimplemento do contrato decorre do não pagamento das parcelas, sendo que o devedor ao não efetuar o pagamento estará constituído em mora, bem como será inadimplente, este para evitar essa situação, por muitas vezes ingressava com ação contra o credor para rever o contrato, e na maioria das decisões dos tribunais houveram posicionamentos favoráveis ao devedor, no sentido de que este já teria pagado mais da metade do contrato, restando poucas parcelas a pagar. Diante disso, o devedor conseguia a extinção do contrato, pois se tinha um adimplemento substancial caracterizado naquele caso.

Embora corriqueiro nos tribunais, o adimplemento é analisado em cada caso, nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, ao constatar que se cumpriu quase toda a obrigação, o credor poderia rescindir o contrato, porém essa possibilidade é muito gravosa para o devedor, pois ele que adquiriu o bem através do contrato e estaria privado deste, tendo em vista que o credor poderia reaver o bem, com medida de apreensão nos casos de bens móveis, e o devedor que pagou quase todas as parcelas estaria sofrendo uma grande perda, como consequência o credor estaria enriquecendo ilicitamente, “às custas” do devedor.

Nesse sentido Furtado assevera que:

[...] a função negocial tem decisivo papel no processo de verificação de eventual abusividade no exercício das posições contratuais, na medida em que todo comportamento que desvie o curso da relação contratual de seu adimplemento e da concretização dos efeitos essenciais inicialmente perseguidos pelas partes – como o exercício do direito à resolução do contrato –, pode estar fundamentado em pretensão ilegítima, caso se constate que traiu sua função negocial, sendo assim entendido como abusivo. Tal postulação, contudo, não elimina todas as dificuldades; é necessário ainda que se proceda a um juízo de merecimento de tutela daquela pretensão, que também deverá revelar-se promotora dos valores caros ao ordenamento jurídico, além de levar em consideração a função econômico-individual do negócio. (2014, p.57).

Por isso, nestes casos, o correto seria a cobrança por parte do credor somente do que foi inadimplido, mais perdas e danos, pois haveria uma desproporcionalidade entre as partes,

uma vez que o credor sairia muito mais satisfeito do que o devedor, além de haver a função social do contrato, com a perspectiva de que o contrato devesse ser bom e justo para ambas as partes.

Importante mencionar que, conforme Becker (1993, p. 63): “não existe uma fórmula fixa para determinar o que seja o adimplemento substancial de um contrato”, uma vez que o julgador daquele caso concreto deverá “face às circunstâncias do caso concreto, pesar a gravidade do descumprimento e o grau de satisfação dos interesses do credor”.

Ainda para que se possa utilizar a tese do adimplemento substancial será necessário preencher alguns critérios que os tribunais vêm adotando, conforme Bussatta:

o primeiro, objetivo, majoritário na doutrina, leva em conta a interdependência funcional da prestação e a perturbação que o inadimplemento trouxe para a economia do contrato; o segundo, subjetivo, pelo qual se deve considerar a vontade presumida das partes, o que significa dizer, verificar se a parte, conhecendo a possibilidade de ocorrer tal inadimplemento, ainda assim contrataria. (2008, p. 44).

Já o segundo critério adotado pelos tribunais, conforme Bussatta:

[...] baseia-se na vontade hipotética do contratante não inadimplente. [...] quando o julgador puder concluir que a parte inadimplente não realizaria a contratação se suspeitasse que o respectivo inadimplemento poderia vir a ocorrer. (2008, p.108).

No entanto, nenhum dos critérios apontados poderá ser aplicado de forma isolada, tendo em vista que se assim fosse, acarretaria injustiças, além de haver abusos para ambas as partes da relação contratual.

Ainda, quando se fala em pagamento de mais de setenta por cento do contrato, para que possa ocorrer o adimplemento substancial, tendo em vista que o devedor adimpliu com a maioria das parcelas, percebe-se que essa premissa não é verdadeira, uma vez que nem sempre a prestação continuará sendo útil para o credor.

Sobre esse ponto de vista, conceitua Renault:

é certo que qualquer valor, qualquer percentual de um valor contratado que seja pago será sempre útil ao credor, mas a utilidade efetiva não se pode aferir com segurança em uma situação tal. Não se pode, com efeito, dizer satisfeitas as pretensões do credor em uma hipótese como a figurada. (2010, p. 140).

No mesmo sentido Bussatta (2008, p. 107): “a pretensão de buscar parâmetros fixos e abstratos, aplicáveis indistintamente à generalidade dos casos, está fadada ao insucesso”.

No entanto, até pouco tempo, o pagamento de mais de setenta por cento do contrato, vinha sendo aceito como forma de adimplemento substancial deste. Veja-se o julgado do Tribunal de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA C/C PEDIDOS DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E DE REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INADIMPLÊNCIA DOS COMPRADORES. SUBSTANCIAL ADIMPLEMENTO (76,36% DAS PARCELAS AJUSTADAS). MITIGAÇÃO DO DIREITO DE RESOLUÇÃO. PRIVILÉGIO DOS PRINCÍPIOS DA BOAFÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.

“Não se distanciando da lei, mas utilizando-se das liberdades admitidas pela própria lei, deve-se optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum, desdobrando o texto legal para que a norma adquira um contorno moral e social mais amplo, ampliando e ultrapassando a expressão literal do texto da lei. **Comprovando o pagamento de parte substancial do preço pactuado entre as partes, torna-se impossível a resolução do contrato e a consequente concessão de reintegração da posse, tendo em vista a teoria do adimplemento substancial do preço, baseada do princípio da boa-fé e da função social dos contratos, cabendo exigir apenas as perdas e danos, com o cumprimento integral das parcelas inadimplidas**” (TJSC, AC n. 2013.037010-3, rel. Des. Saul Steil, j. 30.7.13). SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Tribunal de Justiça do Estado de. Acórdão proferido na Apelação Cível n. 2013.087511-5. Relator: Des. Henry Petry Junior. Órgão julgador: Quinta Câmara de Direito Civil. Data do julgamento: 05.06.2014, grifo nosso).

Nota-se que a parte devedora agiu de forma inadimplente com o contrato por várias vezes e mesmo assim o os julgadores entenderam pelo adimplemento substancial do contrato, não tendo o credor a possibilidade de ter a resolução deste, podendo apenas exigir perdas e danos. Consequentemente opera-se o adimplemento substancial apenas com base no pagamento de mais da metade do contrato, trazendo prejuízos para o credor, uma vez que só poderá pleitear perdas e danos.

No julgamento de contrato de alienação fiduciária, o que mais se vê presente é a análise por meio de pagamento de mais de oitenta por cento das parcelas, fazendo com que o adimplemento substancial se torne o principal solucionar de contratos.

Para isso, deve-se analisar o agravo de instrumento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. **Configurado o adimplemento substancial do contrato (pagamento superior a 80% das parcelas).** Saldo da dívida deve ser exigido em ação de cobrança ou, eventualmente, execução do título. Jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. RECURSO PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70061421806, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 02/10/2014, grifo nosso).

Em casos envolvendo contrato de seguro, a tese do adimplemento substancial também é aceita, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça:

SEGURO. INADIMPLENTO DA SEGURADA. FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. RESOLUÇÃO. **A COMPANHIA SEGURADORA NÃO PODE DAR POR EXTINTO O CONTRATO DE SEGURO, POR FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO DO PREMIO,** POR TRÊS RAZÕES: SEMPRE RECEBEU AS PRESTAÇÕES COM ATRASO, O QUE ESTAVA, ALIÁS, PREVISTO NO CONTRATO, SENDO INADMISSÍVEL QUE APENAS REJEITE A PRESTAÇÃO QUANDO OCORRA O SINISTRO; B) A SEGURADORA CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE COM A SUA OBRIGACÃO, NO SENDO A SUA FALTA SUFICIENTE PARA EXTINGUIR O CONTRATO; C) A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DEVE SER REQUERIDA EM JUIZO, QUANDO SERA POSSÍVEL AVALIAR A IMPORTÂNCIA DO INADIMPLENTO, SUFICIENTE PARA EXTINÇÃO DO NEGÓCIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (STJ, REsp 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996 P. 9917, grifo nosso).

Como análise do ponto central, no STJ, no ano de 2001, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar entendeu por não autorizar o credor a fazer uso da ação de busca e apreensão, por se tratar de inadimplemento da última parcela do contrato:

alienação Fiduciária. Busca e apreensão. **Falta 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 – Resp 272739 / MG – Min. Ruy Rosado de Aguir – 4ª Turma – DJ 02.04.2001 p. 299, grifo nosso).

Por outro lado, recentemente, em fevereiro de 2017, houve julgamento do Recurso Especial nº 1622555, por cinco votos a dois, em que no contrato de alienação fiduciária em garantia, os julgadores entenderam por negar a aplicabilidade da tese do adimplemento substancial, uma vez que a instituição financeira alegou que o devedor não teria feito o pagamento das últimas quatro parcelas do contrato.

a aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada. 4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial. 5. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1622555 MG 2015/0279732-8, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 22/02/2017, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/03/2017, grifo nosso).

Neste caso, além do recurso especial ter sido provido para que a instituição bancária pudesse promover a ação de busca e apreensão em desfavor do credor, os julgadores deixaram claro que “independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, determinando o retorno dos autos à origem, e o prosseguimento do feito tal como proposto (ação de busca e apreensão)”, ou seja, mesmo que a mora seja insignificante, de um ou duas parcelas, ainda assim é possível fazer a busca e apreensão do bem, pois não houve a quitação total do contrato.

Com isso, conclui-se, como não sendo viável a aplicação da tese do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia, tendo em vista que este perderia sua função, uma vez que o contrato de alienação fiduciária em garantia foi conferido pela segurança jurídica que ocorre na concessão de crédito para aqueles que não dispõem de recursos financeiros para arcar com altos juros, bem como por haver uma garantia para o credor de que caso o devedor não quite com o que foi pactuado, o credor possa vender em leilão o bem imóvel ou ingressar com ação de busca e apreensão em face do devedor. Sendo que com a aplicação do adimplemento substancial seria uma forma de o devedor “tirar” proveito da situação e deixar de pagar as demais parcelas faltantes.

4.3 ANÁLISE DE JULGADOS

Para corroborar com o que foi exposto ao longo do capítulo, tendo em vista que cada vez mais os tribunais estão entendendo pela não aplicabilidade do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária, serão expostos diversos julgados recentes que defendem o mesmo ponto de vista.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. De acordo com a orientação jurisprudencial fixada pela 2ª Seção do Egrégio STJ no julgamento do Recurso Especial n. 1.622.555/MG, a teoria do adimplemento substancial não se aplica aos contratos com garantia de alienação fiduciária, não havendo falar na extinção da ação de busca e apreensão. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. (Apelação Cível Nº 70078907284, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 27/09/2018, grifo nosso).

Conforme decisão transcrita acima, o Tribunal não deu provimento à apelação, concluindo-se pelo prosseguimento da ação de busca e apreensão, bem como fez referência ao julgado de fevereiro de 2017, posicionando-se da mesma forma, no sentido de que não cabe adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. 1. De acordo com a orientação jurisprudencial fixada pela 2ª Seção do Egrégio STJ no julgamento do REsp n. 1.622.555-MG, a teoria do adimplemento substancial não se aplica aos contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária. 2. Em que pese a ausência de intimação da parte agravante para se manifestar sobre o cumprimento da medida de busca e apreensão, não há falar em nulidade processual, pois não houve, na hipótese em comento, prejuízo à parte, a qual teve seu pedido de purgação da mora apreciado e indeferido. 3. **Consolidase nas mãos do credor a posse e a propriedade do bem caso não purgada a mora no prazo legal, razão pela qual não há falar em necessidade de prévia comunicação da venda do bem retomado. 4. Reconhecida a incapacidade financeira do recorrente para efetuar o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, impositiva a concessão do benefício da gratuidade da justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70078321338, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 30/08/2018, grifo nosso)**

Nesta decisão, tendo em vista que o devedor estava inadimplente, caso este não purgue a mora no prazo previsto, então conforme decisão, a propriedade e a posse do bem estarão

consolidadas nas mãos do credor e assim este poderá fazer a venda do bem retomado, sem a necessidade de comunicar esta venda previamente.

O Tribunal de Justiça do Paraná corrobora o mesmo entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PEDIDO DE REVISÃO CONTRATUAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO CONHECIMENTO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA AO ENDEREÇO CONSTANTE NO INSTRUMENTO PACTUADO ENTRE AS PARTES. CONTRATO POSTERIORMENTE PROTESTADO COM INTIMAÇÃO DA DEVEDORA POR EDITAL. CONSTITUIÇÃO EM MORA. DEMONSTRAÇÃO. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. 1.“O exercício do direito de recorrer pressupõe do interessado o cumprimento da regularidade formal, em cujo espectro insere-se o princípio da dialeticidade, de modo que lhe cumpre afrontar fundamentadamente a motivação utilizada no ato decisório para negar a sua pretensão, sob pena de não conhecimento do recurso” (AgRg na AR 5.451/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2014, DJe 14/10/2014). 2. **Considera-se constituído em mora o devedor quando, além da notificação extrajudicial enviada ao endereço por ele fornecido, há posterior protesto do título, com intimação por edital.** 3. **Inaplicável a teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária, vez que a interpretação extensiva da regra geral do Código Civil não pode sobrepor-se à lei especial que rege a hipótese** (Decreto Lei n.º 911/1969). 4. Apelação cível parcialmente conhecida e não provida. (Apelação Nº 1. 0002263-82.2018.8.16.0024, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do PR, Relator: Luiz Carlos Gabardo, Julgado em 10/10/2018, grifo nosso).

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA AO ENDEREÇO CONSTANTE NO INSTRUMENTO PACTUADO ENTRE AS PARTES. CONTRATO POSTERIORMENTE PROTESTADO COM INTIMAÇÃO DA DEVEDORA POR EDITAL. CONSTITUIÇÃO EM MORA. DEMONSTRAÇÃO. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. 1.**Considera-se constituído em mora o devedor quando, além da notificação extrajudicial enviada ao endereço por ele fornecido, há posterior protesto do título, com intimação por edital.** 2.**Inaplicável a teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária, vez que a interpretação extensiva da regra geral do Código Civil não pode sobrepor-se à lei especial que rege a hipótese** (Decreto Lei n.º 911/1969). 3.**Dada a ausência de irregularidade na forma como se desenvolveu a ação de busca e apreensão, não há que se falar em ato ilícito e, via de consequência, em dano moral a ser reconhecido em sede de reconvenção.** 4.**Apelação cível conhecida e não provida.** (Apelação Nº 5. 0001844-54.2017.8.16.0038, Décima Quinta

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do PR, Relator: Luiz Carlos Gabardo, Julgado em 03/10/2018, grifo nosso).

Assim, a não aplicabilidade da tese do adimplemento substancial em contrato de alienação em garantia, vem sendo corriqueira nos tribunais, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, esse entendimento provavelmente também está pacificado, pois o último julgamento em relação ao assunto foi no ano de 2016, anterior a tese do adimplemento substancial ter sido rejeitado pelos outros tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DEFERIMENTO DA LIMINAR. **PAGAMENTO DE 80% DO TOTAL DE PARCELAS DO FINANCIAMENTO.** SITUAÇÃO EM QUE RETIRAR LIMINARMENTE O VEÍCULO DA POSSE DO DEVEDOR FIDUCIÁRIO QUE ARCOU COM A QUASE TOTALIDADE DO CONTRATO, SEM ANTES LHE FACULTAR A POSSIBILIDADE DE QUITAR A DÍVIDA E MANTER-SE NA POSSE DO BEM, REVELA-SE MEDIDA DEMASIADAMENTE GRAVOSA E SEM RAZOABILIDADE. **APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO.** ORIENTAÇÃO QUE PRIVILEGIA OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. PRECEDENTES. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 2015.064608-4, Tribunal de Justiça de SC, Quinta Câmara de Direito Comercial, Relator: Soraya Nunes Lins, Julgado em 28/01/2016, grifo nosso).

Dessa forma, conforme decisão transcrita acima, pelo fato do devedor ter feito o pagamento de oitenta por cento das parcelas não autorizava o credor a retirar o veículo da posse do devedor, assim aplicando-se a teoria do adimplemento substancial no caso concreto.

Apesar disso, no Tribunal de Justiça de São Paulo, a não aplicabilidade da tese do adimplemento substancial já está pacificada:

Classe/Assunto: Apelação / Alienação Fiduciária

Relator(a): Felipe Ferreira

Comarca: Pedregulho

Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 16/10/2018

Data de publicação: 16/10/2018

Data de registro: 16/10/2018

Ementa: em>ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. 1. **Não pode a devedora pretender que, com o pagamento de apenas parte da dívida, seja reconhecido o adimplemento substancial,** bem como sejam afastadas as consequências oriundas do inadimplemento. 2. A matéria foi decidida no STJ em sede de recurso repetitivo REsp 1.418.593/MS nos termos do art. 543-C do CPC, estabelecendo que não há se falar em purgação da mora em ação de busca e apreensão decorrente de contrato de

financiamento com cláusula de alienação fiduciária, sendo facultado à devedora pagar a integralidade da dívida nos cinco dias subsequentes ao cumprimento da liminar. 3. Tanto na conclusão quanto na execução do contrato, as partes devem observar os princípios da probidade e da boa-fé. Sentença mantida. Recurso desprovido. (grifo nosso)

Conforme a decisão percebe-se que não basta o pagamento de uma porcentagem das parcelas para alegar o adimplemento substancial, devendo ser feito o pagamento total da dívida.

Muito embora, os Tribunais estejam seguindo a mesma linha de raciocínio, tendo em vista que estes estão decidindo pela não aplicabilidade da tese do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, entende-se que para os bens imóveis também poderá ser aplicada a mesma tese.

No caso abaixo a parte autora em uma ação anulatória, alegou que fez o pagamento de 35 das 150 parcelas, e que por ter pagado parte do valor, seria o caso de adimplemento substancial, o que não prospera, pois não é caso de mais da metade do pagamento da dívida:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BENS IMÓVEIS. LEI. 9.514/97. ALEGAÇÃO DE FALTA DE NOTIFICAÇÃO PARA PURGAR A MORA. VÍCIO NÃO VERIFICADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO COM IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECURSO DA PARTE AUTORA. Inovação recursal. **Alegação de pagamento de parte de valor devido, de trinta e cinco parcelas sobre o total de cento e cinquenta, a guisa de adimplemento substancial. A par de insuficiente para o reconhecimento da tese do adimplemento substancial, não se conhece de questão que não foi ventilada na origem. Mérito. **Alegação da inicial de inexistência da intimação para purgar a mora, inquinando de invalidade a execução extrajudicial e, de consequência, o procedimento de consolidação da propriedade fiduciária. Contexto de regular intimação realizada por meio do Registro de Imóveis, consoante prova documental inserta nos autos. Assim, sem demonstração de nulidade no procedimento de execução extrajudicial, com a consolidação da propriedade fiduciária, improcede o pedido da autora. Impenhorabilidade do bem de família. inaplicabilidade. O imóvel dado em garantia de alienação fiduciária perde a proteção da impenhorabilidade, nos termos do inciso V, do artigo 3º, da Lei n. 8.009/90. Má-fé.** Mantida a disposição sentencial. Inequívoca a alegação falsa e veemente de inexistência de intimação, modo a obter a concessão de antecipação de tutela ao efeito de suspender o leilão e também a declaração de nulidade da execução extrajudicial. Caracterizada a alteração da verdade dos fatos(art. 80, inc. II do CPC). APELAÇÃO DESPROVIDA, NA PARTE EM QUE CONHECIDA. (Apelação Cível Nº 70072873706, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 09/11/2017, grifo nosso).**

Ainda alegou que não havia sido notificada para purgar a mora, entretanto, constava na matrícula do imóvel o registro de consolidação da propriedade do bem em favor do credor. A parte autora sustentou ser bem de família, tendo este sido protegido pela impenhorabilidade, ainda assim, como se trata de imóvel dado em garantia, não há que se falar em impenhorabilidade, uma vez que ao dar em garantia perdeu sua proteção. Nesse sentido, mesmo a apelante tentando de todas as formas proteger o bem, não houve maneira de garantir que fosse aplicado o adimplemento substancial.

Em decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a tese do adimplemento substancial, também não foi aceita em tratando-se de bem imóvel:

Ementa: Agravo de instrumento. Ação cautelar. Cédula de crédito bancário (crédito pessoal) garantida por alienação fiduciária de bem imóvel. Pleito liminar, consubstanciado na necessidade de suspensão de procedimento extrajudicial de consolidação da propriedade de bem dado em garantia. Indeferimento. Insurgência dos demandantes. **Alegada impenhorabilidade, ao argumento de constituir bem de família.** Pactuação da avença entre o de cujus e a casa bancária, que foi avalizada pelos seus genitores (proprietários do imóvel dado em garantia). **Inadimplência dos autores quanto ao pagamento das prestações atinentes ao ajuste.** Concessão de prazo para purgação da mora. **Inércia dos requerentes.** Procedimento expropriatório regular e baseado na Lei n. 9.514/1997. **Transferência da propriedade resolúvel do imóvel no momento da contratação, a qual tornou-se consolidada quando do inadimplemento do débito. Viabilidade, assim, de realização da venda extrajudicial do bem em leilão. Suscitada imprescindibilidade de descaracterização da mora, diante de abusividades contidas no ajuste.** Reconhecimento, de fato, de ilegalidade de encargo atinente ao período de normalidade (capitalização de juros diária). Mora, contudo, não desconfigurada. Adimplemento substancial não evidenciado e inexistência de pleito relacionado à depósito de valores incontroversos.

Decisão mantida. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 2015.078822-7, Terceira Câmara de Direito Comercial, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Ronaldo Moritz Martins da Silva, Julgado em 03/03/2016, grifo nosso).

Conforme decisão, os autores ficaram inadimplentes com as parcelas, em que foi garantido por alienação fiduciária de bem imóvel, tendo em vista a abusividade contida no contrato. Em que pese, exista essa abusividade, houve a concessão de prazo para que os autores purgassem a mora, entretanto não o fizeram, assim a transferência da propriedade do imóvel tornou-se consolidada em favor do credor, bem como a tese do adimplemento substancial não foi aplicada.

Ainda no Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão, o relator trouxe uma verdadeira aula referente a este assunto:

1014204-39.2016.8.26.0562

Classe/Assunto: Apelação / Promessa de Compra e Venda

Relator(a): Carlos Dias Motta

Comarca: Santos

Órgão julgador: 30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Data do julgamento: 09/10/2018

Data de publicação: 15/10/2018

Data de registro: 15/10/2018

Ementa: Alienação fiduciária. Bem imóvel. Ação declaratória de abusividade de cláusula contratual. Sentença de improcedência. Apelo do autor. Julgamento citra petita. Inocorrência. A ocorrência de julgamento extra, citra ou ultra petita se afere a partir do pedido, e não dos fundamentos jurídicos em que ele se amparou. Adimplemento substancial do contrato. Devedor que quitou somente 53% do preço. **Impossibilidade de reconhecimento do adimplemento substancial, eis que o valor faltante para quitação do contrato não pode ser considerado mínimo ou irrisório. Função social do contrato.** Matéria de defesa que não justifica a inadimplência do devedor. **Situação que somente a ele beneficia, no aspecto individual, promovendo o seu enriquecimento sem causa, por usufruir da coisa sem a devida contraprestação.** Ademais, **o dever de observância à função social do contrato foi inserido no artigo 421 do Código Civil, com o escopo de impor limites à liberdade de contratar, não como causa de justificativa para o descumprimento do contrato pelos contratantes.** Inaplicabilidade do princípio duty to mitigate the loss ao caso concreto. Devedor que tinha meios disponíveis para efetuar o pagamento das parcelas vencidas. Não demonstrado que a sua inadimplência tenha decorrido da falta de emissão boletos pelo credor. Além disso, se realmente existisse óbice ao recebimento da dívida por parte do credor, o devedor poderia ajuizar ação de consignação em pagamento. Alienação fiduciária de bem imóvel. Incidência da Lei 9.514/97, que não prevê a perda das parcelas pagas pelo devedor. **A perda da moradia e a impossibilidade de recuperar todo o investimento inicial são possíveis consequências do inadimplemento do devedor, em contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia.** Sentença mantida. Verba honorária aumentada. Apelo desprovido, grifo nosso).

Na decisão supramencionada, o relator informa a impossibilidade da aplicação da tese do adimplemento substancial, tendo em vista a função social do contrato, não podendo se valer do valor irrisório mínimo faltante, que não é o caso nessa decisão, ainda menciona que a função social do contrato não pode ser analisada como um meio de descumprimento do contrato pelos contratantes, bem como, devido ao inadimplemento por parte do devedor, sempre há consequências, sendo uma delas a perda do bem e a impossibilidade de reaver o investimento inicial ofertado.

Diante disso, conforme todas as ponderações, ao perceber que a maioria dos Tribunais estão optando pela não aplicabilidade da tese do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis em garantia, ainda percebe-se que por analogia, embora seja menos comum, a tese também não é aplicada para os contratos de alienação fiduciária de bens imóveis, tendo em vista que também podem ser facilmente ludibriado pelo devedor que ao ver seu bem sendo consolidado nas mãos do credor, invoca a tese d adimplemento substancial, para barrar a possibilidade de o credor reter o bem e posteriormente vendê-lo em leilão para quitação do débito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização deste trabalho teve como objetivo analisar o inadimplemento do contrato de alienação fiduciária e a tese do adimplemento substancial. Verifica-se que quando inadimplido o contrato de alienação fiduciária em garantia, o devedor não poderá alegar o adimplemento substancial para evitar a busca e apreensão do bem móvel e por analogia a reintegração de posse do bem imóvel.

Por meio da pesquisa, percebeu-se que a alienação fiduciária é um contrato que tem a finalidade de ser uma garantia para aquisição de bens móveis ou imóveis, baseando-se na boa-fé dos contratantes, sendo este feito por escrito, em que pessoas físicas e jurídicas podem aderir ao contrato, não necessitando ser o credor desta relação somente as instituições financeiras. Este deixa claro as condições para que haja a alienação, tendo assim, uma função importante.

Ainda, verificou-se o inadimplemento do contrato, em que o devedor compromete-se ao pagamento de todas as parcelas, entretanto acaba ocorrendo em alguns casos o inadimplemento de parte ou de todas as parcelas, ainda incidido a mora ex re nas referidas parcelas, bem como os efeitos desse inadimplemento, podendo o credor resolver o contrato e exigir perdas e danos.

Posteriormente, averiguo-se a tese do adimplemento substancial, em que esta caracteriza-se como sendo o pagamento da maior parte das parcelas, a qual foi muito utilizada nos contratos de alienação fiduciária, até que o julgado do recurso especial nº1622555 de 2017, entendeu-se pela inaplicabilidade da tese do adimplemento substancial nos contrato de alienação fiduciária, tendo e vista que perderia o objetivo deste, que seria a garantia por meio de um bem, vindo a ser adotada pelos outros Tribunais.

Dessa maneira, a primeira hipótese se confirmou e a segunda também, por ser complementar da primeira, uma vez que o adimplemento substancial não poderá ser aplicado ao contrato de alienação fiduciária, tendo em vista que neste contrato é ofertado um bem em garantia, e sendo assim perderia seu objetivo, no qual é o adimplemento total das parcelas, para posteriormente, quando satisfeita a obrigação, seja transferido o bem ao devedor.

Em outras palavras, não cabe alegação de adimplemento substancial para alienação fiduciária de bens móveis, devendo aplicar por analogia aos bens imóveis, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que já fixou seu entendimento, no Recurso Especial nº 1622555, em que foi julgado por cinco votos a dois, o qual preceitua que a tese do adimplemento substancial não se aplica em alienação fiduciária, podendo esvaziar a utilidade

desta super garantia, e que é um exercício regular de direito do Banco ao cumprir com a liminar deferida pelo juízo de primeiro grau para fazer a busca e apreensão do bem neste julgado não ofendendo o princípio da boa-fé.

Por outro lado, a terceira hipótese não se confirmou, uma vez que para os bens móveis e imóveis não pode ser aplicada a tese do adimplemento substancial, contrariando o julgado do STJ, pois, apesar deste julgado ser recente e nem todos os magistrados estarem adotando essa hipótese, a maioria dos tribunais estão optando por não aplicar a tese do adimplemento substancial.

Por fim, destaca-se que, caso ocorra o adimplemento substancial no contrato de alienação fiduciária em garantia, este perderá a utilidade, não fazendo mais sentido continuar com o modelo de financiamento, que exige o adimplemento total, para posteriormente o devedor reaver o seu bem, sendo que este bem é uma importante garantia, além de ser atrativa para credor que poderá vender este bem caso o devedor não cumpra com a obrigação.

6 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. VI.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECKER, Anelise. **A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectivas Comparativas**. Porto Alegre: Ver. Da Faculdade de Direitos da UFRGS, 1993, V.9.

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

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 361 CJP/STJ**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 911, de 1º de Outubro de 1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

_____. **Lei nº 9.514, de 20 de Novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de Novembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 16 ago. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo em Recurso Especial nº 818.237/SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicado no DJ no dia 17/02/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoess/toc.jsp?livre=818.237+&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>, acesso em: 21 set. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 272739/MG. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Publicado no DJ no dia 02/04/2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22RUY+ROSADO+DE+AGUIAR%22%29.MIN.&processo=272739&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 15 out 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1622555. Relator Ministro Marco Buzzi. Publicado no DJ no dia 16/03/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22MARCO+BUZZI%22%29.min.&processo=1622555&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 out. 2018.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária** - Negócio Fiduciário. 5. ed. Rio: Renovar 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976576/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil:** obrigações. Caxias do Sul, RS : Educs, 2010.

_____. **Direito Civil** - Direitos Reais. 2. ed. rev. e ampl. - Caxias do Sul, RS : Educs, 2016.

FRANCÊS. **Código Civil Francês.** Disponível em: <[file:///C:/Users/Denizar/Downloads/Code_41%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Denizar/Downloads/Code_41%20(5).pdf)>. Acesso em: 15 out. 2018.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 4. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FURTATO, Gabriel Rocha. **Mora e Inadimplemento Substancial**. São Paulo: Atlas, 2014.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. **A Lei das XII Tábuas**. Disponível em: <<http://api.adm.br/direito/TABUAS.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ITÁLIA. **Código Civil Italiano**. Disponível em: < <http://www.testolegge.com/codice-civile/articolo-1455>>. Acesso em: 15 out. 2018.

MOREIRA, Jean de Magalhães. **Constituto Possessório e Traditio Brevi Manu**. Disponível em: <<https://jeanrox.jusbrasil.com.br/artigos/207132256/constituto-possessorio-e-traditio-brevi-manu-o-que-significam-estes-termos>>. Acesso em: 31 out. 2018.

MARQUES FILHO E CASTRO DINIS, Vicente de Paula e Marcelo de Lima. **Incorporação Imobiliária e Patrimônio de Afetação**. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

MARTINS E ROSSI, Renan Buhnemann e João Paulo Micheletto. **A alienação fiduciária de imóvel em garantia de operações financeiras – os riscos à luz do artigo 27, § 5º, da lei 9.514/97**, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258867,71043-A+alienacao+fiduciaria+de+imovel+em+garantia+de+operacoes+financeiras>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial; direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O princípio da boa-fé contratual**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2. ed. ver., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PARANÁ, **Tribunal de Justiça do**. Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>>. Acesso em: 17 out. 2018.

PORTUGAL. **Código Civil Português**. Disponível em: <https://www.cascais.pt/sites/default/files/anexos/gerais/codigo_civil_atualizado_ate_a_lei_59_99_.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

RENAULT, Leonardo Augusto Alencar. **Adimplemento substancial no direito brasileiro**. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2010.

RESTIFFE NETO E RESTIFFE, Paulo e Paulo Sérgio. **Garantia Fiduciária**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RIO GRANDE DO SUL, **Tribunal de Justiça do Estado do**. Agravo de Instrumento nº 70061421806. Relatora: Desa. Judith dos Santos Mottecy. Órgão julgador: Décima Quarta Câmara Cível. Data do julgamento: 02.10.2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Agravo+de+Instrumento+n.+70061421806&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do**. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=aliena%C3%A7%C3%A3o+fiduci%C3%A1ria+em+garantia+adimplemento+substancial&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0 &getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do.** Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=aliena%C3%A7%C3%A3o+fiduci%C3%A1ria+em+garantia+bens+im%C3%B3veis+adimplemento+substancial&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=aliena%C3%A7%C3%A3o+fiduci%C3%A1ria+em+garantia+adimplemento+substancial&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 out. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 7. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SAAD, Renan Miguel. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça do Estado de**. Apelação Cível nº 2013.087511-5. Relator: Des. Henry Petry Junior. Órgão julgador: Quinta Câmara de Direito Civil. Data do julgamento: 05/06/2014. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça de**. Jurisprudência. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do>>. Acesso em: 17 out. 2018.

SÃO PAULO, **Tribunal de Justiça do Estado de**. Agravo de Instrumento nº 2059447-31.2013.8.26.0000/SP. Relator Plinio Novaes de Andrade Júnior. Publicado no DJ dia 27/03/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=7487039&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_80f9aa0fc0fd47b18ca7d54cb2764e11&v1Captcha=djtdv&novoVlCaptcha=>>. Acesso em 21 set. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça de Justiça do Estado de**. Jurisprudência. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 17 out. 2018.

SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. **Obrigações: abordagem didática**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TARTUCE, Flávio. **A Teoria do Adimplemento Substancial na Doutrina e na Jurisprudência**. Disponível em: (<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>). Acesso em: 08 out. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direitos Reais**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 2.