



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PAULA FARIAS AMORIM

**DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO
SUBSTANCIAL AOS CONTRATOS COM ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS: UMA ANÁLISE
ACERCA DO RESP. DE Nº 1.622.555/MG DO STJ.**

Salvador
2018

PAULA FARIAS AMORIM

**DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO
SUBSTANCIAL AOS CONTRATOS COM ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS: UMA ANÁLISE
ACERCA DO RESP. DE Nº 1.622.555/MG DO STJ.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito,
da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção
de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Lara Britto de Almeida Domingues Neves

Salvador
2018

PAULA FARIAS AMORIM

**DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO
SUBSTANCIAL AOS CONTRATOS COM ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS: UMA
ANÁLISE ACERCA DO RESP. DE Nº 1.622.555/MG DO STJ.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Lara Britto de Almeida Domingues Neves

17 de Dezembro de 2018, às 11:00.

BANCA EXAMINADORA:

Lara Britto de Almeida Domingues Neves – Orientadora _____

Mestre em Direito Privado

Universidade Federal da Bahia

Emanuel Lins Vasconcelos - _____

Mestre em Direito Privado

Universidade Federal da Bahia

Adriana Maria Aureliano da Silva - _____

Mestra em Direito Privado

Universidade Federal da Bahia

AMORIM, Paula Farias. **Da inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial aos contratos com alienação fiduciária em garantia de bens móveis: uma análise acerca do RESp. de nº 1.622.555/MG do STJ.** Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

Este trabalho tem, como escopo, efetuar uma investigação acerca dos principais fundamentos fático-jurídicos que levaram o STJ a proferir posicionamento contrário à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial aos contratos de alienação fiduciária de bens móveis firmados, especialmente, com instituições bancárias, privilegiando estritamente o quanto determinado pelo Decreto-Lei nº 911/1969, que traz a possibilidade de ajuizamento e deferimento liminar da ação de busca e apreensão da coisa garantida fiduciariamente. A abordagem se faz à luz do estudo de um caso real levado ao Poder Judiciário no ano de 2015, sendo, no entanto, somente julgado definitivamente no início de 2017, buscando-se, a partir da sistematização dos dados desta demanda, realizar uma avaliação sobre a decisão proferida pelo STJ em sede de Recurso Especial nº 1.622.555/MG, do seu ponto de vista formal e de conteúdo, com ênfase no quanto alcançado pelos julgadores da Quarta Turma desta Corte. Importante destacar que este exame procura tão somente tecer breves pressuposições acerca da matéria, enfatizando elementos processuais e materiais relevantes, perpassados em julgamento de RESp de nº 1.622.555/MG, alvo de debate, com o objetivo de oferecer ao leitor suporte para compreensão da alteração radical do entendimento da Corte.

Palavras-chave: Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia; Decreto-Lei nº 911/1969; Teoria do Adimplemento Substancial; RESp nº 1.622.555/MG; STJ.

AMORIM, Paula Farias. **From the inapplicability of the theory of substantial compliance to contracts with fiduciary alienation in guarantee of movable property: an analysis on RESp. of no. 1.622.555/MG of the STJ.** Monography (Law Degree) - Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The scope of this work is to carry out an investigation into the main legal and factual grounds that led the STJ to adopt a position contrary to the application of the Substantial Admissibility Theory to contracts for the fiduciary alienation of chattels, especially with banking institutions, as determined by Decree-Law no. 911/1969, which brings the possibility of filing and preliminary injunction of the search action and apprehension of the thing guaranteed fiducially. The approach is made in the light of the study of a real case brought to the Judiciary in the year of 2015, being nevertheless only definitively adjudicated at the beginning of 2017, seeking, based on the systematization of the data of this demand, to carry out an evaluation on the decision rendered by the STJ in Special Appeal no. 1.622.555/MG, from its formal and content point of view, with emphasis on how much the judges of the Fourth Panel of this Court have reached. It is important to emphasize that this examination seeks only to make brief assumptions about the matter, emphasizing relevant procedural and material elements, passed in the judgment of Resp. no. 1.622.555/MG, subject of debate, with the objective of offering the reader support for understanding the radical change in the Court's understanding.

Keywords: Fiduciary Alienation Agreement in Guarantee; Decree-Law no. 911/1969; Theory of Substantial Adimplemento; Resp. n° 1.622.555/MG; STJ.

LISTA DE ABREVEATURAS E SIGLAS

Apud.	Citado por
AREsp	Agravo em Recurso Especial
Art.	Artigo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
Ibidem	Mesma obra acima
MT	Mato Grosso do Sul
MG	Minas Gerais
Op. Cit	Obra Citada
REsp.	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
RO	Rondônia
STJ	Superior Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça
P.	Página
§	Parágrafo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	01
PARTE I		
2	DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	03
2.1	DAS CARACTERÍSTICAS.....	03
2.2	DO INADIMPLEMENTO/DA MORA POR PARTE DO CONTRATANTE NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS.....	08
2.2.1	Do procedimento previsto no Decreto-Lei de nº 911/1969.....	09
2.3	DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	12
2.3.1	Da boa-fé objetiva.....	19
2.3.2	Da função social do contrato.....	26
2.3.3	De outros princípios contratuais: vedação do abuso de direito e do enriquecimento sem causa, da segurança jurídica e da conservação do contrato.....	28
PARTE II		
3	DO ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) ACERCA DO TEMA.....	32
3.1	DO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.622.555/MG.....	32
3.1.1	Da retrospectiva fática.....	32
3.2	DOS VOTOS PROFERIDOS PELA QUARTA TURMA DO STJ.....	48
3.2.1	Do voto do ministro relator Marco Buzzi (vencido).....	48
3.2.2	Do voto do ministro Marco Aurélio Bellizze (vencedor).....	54
3.2.3	Do voto do ministro Antônio Carlos Ferreira.....	59
3.2.4	Do voto da ministra Nancy Andrichi.....	61
3.2.5	Do voto da ministra Maria Isabel Gallotti.....	62
3.3	DA CONCLUSÃO ACERCA DOS VOTOS PROFERIDOS NESTE JULGAMENTO.....	62
4	CONCLUSÃO.....	65
5	REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

O cerne do presente trabalho consiste em realizar uma análise da recente decisão proferida pelo STJ¹, em julgamento de REsp nº 1.622.555/MG, que determinou, terminantemente, o afastamento do instituto da Teoria do Adimplemento Substancial às contratações realizadas por meio de alienação fiduciária de bens móveis junto às instituições bancárias.

Até o julgamento deste recurso, em março de 2017, este Tribunal aplicava perfeitamente a denominada teoria, quando constatada situação em que houvesse um adimplemento substancial da avença pela parte contratante/devedora, porquanto ínfimo o descumprimento do contrato e desrazoável o ajuizamento de ação de busca e apreensão do bem garantido fiduciariamente.

Ocorre que este entendimento foi drasticamente alterado, autorizando, desta forma, o credor/contratado a buscar a satisfação do seu crédito por meio de procedimento específico mais gravoso à contraparte, independentemente da extensão da dívida e de qualquer análise comportamental do indivíduo/pessoa jurídica.

Insurge-se, portanto, o estudo do presente e controvertido caso.

A abordagem eleita não tem um caráter abstrato (uma revisão de literatura ou um enfrentamento da questão em tese por si só); nesse sentido, escolheu-se apenas examinar pontualmente o caso paradigma trazido à baila, o qual refutou, em definitivo, a aplicação da conjectura do Adimplemento Substancial aos contratos em apreço, oferecendo ao leitor uma oportunidade de reflexão jurídica a partir desta experiência prática, reconstruída por meio da análise e da descrição de documentos encadeados que materializaram a Ação de Busca e Apreensão ajuizada pelo Banco Volkswagen em desfavor de um dos seus financiados². Do exame específico, importa-se adentrar, principalmente, nos votos pronunciados, à época, por cada um dos magistrados da Corte, e, assim, nos principais fundamentos fático-jurídicos que pesaram sobre cada um dos vereditos, em parte trazidos pelo próprio Autor/Recorrente.

Assim, este trabalho propõe-se a fazer uma análise das principais justificativas fático-jurídicas apresentadas pela parte Autora/Recorrente, a fim de que fosse a Teoria em comento desconsiderada, e dos principais argumentos fático-jurídicos apresentados pelos magistrados prolores deste Tribunal (STJ), que consagraram o posicionamento incontestável deste Juízo.

Para atingir o seu objetivo, este trabalho se divide em 02 (duas) partes: (i) a primeira

¹ Publicada no Diário de Justiça em: 16/03/2017.

² Desde a distribuição da demanda até a proclamação do julgamento final do Recurso Especial sinalizado.

delas é descritiva, e objetiva inteirar o leitor sobre o contexto do instituto da alienação fiduciária – com destaque aos contratos firmados, especialmente, com uma instituição financeira-bancária, e mediante o oferecimento de um bem móvel em garantia – bem como a tecer uma breve explanação acerca da Teoria do Adimplemento Substancial e a possibilidade de aplicação desta aos instrumentos referidos, segundo a nossa doutrina e jurisprudência pátrias; (ii) a segunda parte, por outro lado, possui finalidade analítica, e busca examinar os dados reais do caso prático aludido, elaborando-se notas sobre a forma e sobre o seu conteúdo, realizando-se: (i) uma narrativa histórica desde o ajuizamento da demanda base até o julgamento final da lide, com o RESp de nº 1.622.555/MG interposto pela parte interessada, e (ii) uma análise mais cuidadosa acerca da deliberação de cada ministro integrante da Quarta Turma desta Corte (STJ), de acordo com a legislação pátria e com as posições teóricas encontradas na literatura jurídica.

A conclusão do estudo demonstrará que a Casa preferiu garantir um exame mais positivista, alheio às especificidades de cada causa e às consequências que podem resultar disso.

Importa-se, por fim, destacar que, com este formato, o trabalho naturalmente apresenta uma certa limitação, pois este estudo foi realizado por uma observadora externa³, o que implica em evidente restrição de acesso e conhecimento sobre informações e estratégias empregadas na contenda. Por exemplo, como metodologia, a autora não se lançou mão da realização de entrevistas com atores do caso, oportunidades em que alguma informação mais restrita poderia – ou não –, ter sido revelada. Muitas decisões em situações como a do presente caso são tomadas por fatores variados que não estão registrados em documentos, sendo este o único meio de acesso para a estruturação deste trabalho. A avaliação, portanto, do caso, origina-se de um esforço de pressuposição⁴.

³ A autora não participou do processo e não guarda qualquer relação com os partícipes do caso.

⁴ A metodologia adotada neste Trabalho assemelha-se a ostentada na dissertação de mestrado da professora e advogada baiana Lara Britto de Almeida Domingues Neves (NEVES, Lara Britto de Almeida Domingues. **Controle acionário compartilhado e solução de impasses: estudo de caso da Companhia Brasileira de Distribuição**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17283/Lara%20Britto%20Dep%C3%B3sio%20final%20-%20ap%C3%B3s%20ajustes%202.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 nov. 2018), com apenas um porém: enquanto a mestre se utiliza de um caso prático para que este sirva de modelo à outras circunstâncias jurídicas, busca-se, com este Trabalho, tão somente analisar determinada decisão proferida pelo então Superior Tribunal de Justiça, que resultou em precedente jurisprudencial a ser revelado.

PARTE I

Nesta primeira parte do trabalho, serão expostos os principais aspectos da alienação fiduciária – com destaque à garantia de bens móveis, inserida em contratos bancários –, bem como será realizada uma análise acerca do construto doutrinário da Teoria do Adimplemento Substancial.

Trata-se de uma introdução para uma posterior e efetiva compreensão da situação real e paradigma em voga, por ora resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça em março do pretérito ano.

2 DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Primeiramente, importa-se adentrar com o estudo das características e da relevância prática dos instrumentos firmados com alienação fiduciária em garantia.

2.1 DAS CARACTERÍSTICAS

A natureza jurídica da alienação fiduciária encontra divergência doutrinária, porquanto parte dos autores optam por considerá-la um contrato; parte por considerá-la um direito real de garantia.

No primeiro caso, é o entendimento do professor Flávio Tartuce, asseverando tratar-se de um negócio jurídico que possui, como conteúdo, um direito real de garantia⁵:

A alienação fiduciária em garantia constitui um negócio jurídico que traz como conteúdo um direito real de garantia sobre coisa própria. Isso porque o devedor fiduciante aliena o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o preço ao alienante originário. Constata-se que o credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo, ainda, um direito real sobre a coisa que lhe é própria. Como pagamento de todos os valores devidos, o devedor fiduciante adquire a propriedade, o que traz a conclusão de que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel.

Entendimento diverso, no entanto, é o do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, no sentido de que a propriedade fiduciária seria, por ela mesma, um novo direito real de garantia,

⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: direito das coisas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 451. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/41911195/direito-civil---flavio-tartuce---vol-4-direito-das-coisas---ed-matodo---2014>>. Acesso em: 14 out. 2018.

“[...] que tem por objeto somente bens móveis infungíveis e alienáveis”⁶, bem como do mestre Orlando Gomes, quando inclui o referido instituto no elenco dos direitos reais como uma das modalidades de propriedade resolúvel⁷, ou em condição resolutiva, ainda neste tópico a ser melhor trabalhada.

De uma forma ou de outra, é certo que o instrumento da alienação fiduciária merece prestígio, uma vez que, tratando-se ou não do próprio direito real de garantia, o consagra junto ao rol dos já existentes, mas com características próprias, tendo sido introduzido, originalmente, em nossa legislação para dar substrato aos contratos de financiamento precipuamente de bens móveis e duráveis⁸.

A alienação fiduciária surgiu inspirada na *fiducia cum creditore*⁹ e *cum amico*¹⁰ do direito romano, em razão da necessidade de criação de novos instrumentos de garantia no mercado, cujos tradicionais não estavam satisfazendo plenamente a sua complexidade¹¹.

A garantia trazida pelo instrumento possui natureza real e insere-se no contrato de maneira meramente instrumental, visto tratar-se de um negócio jurídico distinto¹², aos que assim o compreendem; ou seja, de um contrato acessório, que não existe por si só, única e exclusivamente, seguindo, portanto, o negócio jurídico principal. Em vista disso, na medida em que este esteja eivado de vício que acometam a sua nulidade, a acessoriedade da alienação fiduciária também restará prejudicada¹³.

A sua exigência justifica-se para garantir uma maior segurança às transações financeiras e, assim, o efetivo adimplemento do contrato, de maneira que, na grande maioria das vezes, celebra-se o instrumento jurídico que contenha a cláusula referida com instituições financeiras

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. V: direito das coisas**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 407.

⁷ GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 46.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 593.

⁹ Transferência de bens realizada pelo devedor ao credor, com a ressalva de recuperá-los se, em determinado tempo ou condição, efetuar o pagamento da dívida. A dogmática da garantia real da alienação fiduciária é desenvolvida a partir desta concepção (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 430).

¹⁰ Baseada na confiança que uma pessoa depositava sob a outra, alienando e acautelando os seus bens contra determinados riscos, com a ressalva de que lhes fossem restituídos após passado o perigo.

¹¹ “O penhor, exigindo, na maioria das vezes, a tradição da coisa apenhada, dificulta as negociações mercantis. A hipoteca tem o seu campo de incidência bastante restrito, uma vez limitada aos bens imóveis, navios e aviões. A anticrese, em razão dos inconvenientes que apresenta, caiu em completo desuso entre nós” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. V: direito das coisas**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 405).

¹² GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 15.

¹³ Nesse sentido, Alves (ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 77): “Por conseguinte, em virtude do princípio *accessorium sequitur principale*, em regra se contrato principal for nulo, nula será também a alienação fiduciária; se anulável, ela será válida até a anulação daquele”.

e a essas equiparadas, regidas pela Lei nº 4.728/1965¹⁴, mas, principalmente, com as instituições bancárias¹⁵ (através dos contratos de mútuo bancários), para fins de facilitação do acesso ao crédito, e, com isso, aos bens de consumo e serviços oferecidos no mercado¹⁶.

Conceituando-se brevemente o instituto, a alienação fiduciária consiste: na transferência de propriedade resolúvel de determinado bem, fungível ou infungível (quando há a individualização da coisa), móvel ou imóvel, do devedor/fiduciante ao credor/fiduciário, reservando-se àquele a posse direta da coisa até o integral pagamento das prestações previamente acordadas em contrato, quando assim estará exonerado da sua obrigação e de posse e propriedade plena e exclusiva do quanto garantido fiduciariamente.

O Decreto-Lei de nº 911/1969¹⁷, nesse sentido – que alterou a redação do art. 66, da Lei nº 4.728/65 e que regula o presente instituto quando a contratada é instituição financeira e a essa assemelhada –, é bastante claro quanto o funcionamento da medida, *in verbis*:

Art 1º. O artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação: (Vide Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Acerca do referido instituto (alienação fiduciária), o jurista baiano Orlando Gomes discorre largamente, conceituando-a da maneira simples: “Alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, normalmente retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la”¹⁸. Segue esta mesma linha de pensamento o professor Flávio Tartuce¹⁹, enfatizando

¹⁴ BRASIL. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L4728.htm>. Acesso em 21 out. 2018.

¹⁵ A contratação via Alienação Fiduciária em Garantia pode ser celebrada entre particulares, mas, quando contraída com instituições financeiras, há procedimento próprio e específico.

¹⁶ A modalidade também pode recair sobre direitos (GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 18) e ter por objeto, ainda, “bem que já integrava o patrimônio do devedor”, conforme destacado em Súmula de nº 28, do STJ (BRASIL. Súmula nº 28, STJ. O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor).

¹⁷ BRASIL. 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/De10911.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

¹⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 567. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/39420709/contratos---26-ed---orlando-gomes>>. Acesso em 14 out. 2018.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: direito das coisas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 448. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/41911195/direito-civil---flavio-tartuce---vol-4-direito-das-coisas---ed-matodo---2014>>. Acesso em: 14 out. 2018.

que: “Por meio da alienação fiduciária, o bem a ser adquirido passa a ser da empresa credora, que tem a sua propriedade resolúvel; ficando o devedor com a posse da coisa na qualidade de depositário”.

Da observância desta relação, podemos dizer que as partes são: 1) o fiduciante/devedor, que é quem aliena o bem infungível em garantia, seja este móvel ou imóvel, somente ficando esta parte com a posse direta da coisa, e 2) o fiduciário/credor, que é quem adquire a propriedade resolúvel da mesma, objeto do contrato acessório.

O professor Flávio Tartuce²⁰ acrescenta um outro partícipe do vínculo jurídico, que seria o vendedor da bem (alienante anterior), considerando-se, aqui, uma suposta relação de compra e venda; no entanto, não necessariamente este estará presente, pois o fiduciante poderá oferecer coisa própria em garantia. Assim, é somente com esses 02 (dois) primeiros sujeitos – fiduciante e fiduciário – que a relação se dará indubitavelmente.

Importante destacar, aqui, que a propriedade é resolúvel²¹, e o titular do direito real é, na verdade, o credor fiduciário²². Por esse motivo, uma vez resgatadas todas as prestações pelo devedor/fiduciante/contratante, o credor/fiduciário/contratado – e proprietário resolúvel da coisa – obriga-se a resolver o pacto celebrado entre as partes, transmitindo-se ou restituindo-se ao domínio da primeira a propriedade definitiva do bem²³, conforme o quanto asseverado pelo autor Nelson Kojranski²⁴.

No tocante à esta propriedade, e, novamente, quanto à natureza jurídica da alienação fiduciária, dispõe a professora Patrícia Brasil²⁵ que este instrumento jurídico acabaria por não

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Ibidem.*, p. 451. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/41911195/direito-civil--flavio-tartuce---vol-4-direito-das-coisas---ed-matodo---2014>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²¹ Segundo Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. V: direito das coisas**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 401): “Diz-se que a propriedade é *resolúvel* quando o título de aquisição está subordinado a uma condição resolutiva ou ao advento do termo” (art. 1359). Neste presente caso, ao cumprimento de uma obrigação. Associado ao art. 1360 (resolução por causa superveniente), tratam-se de situações que estabelecem exceções ao princípio de que o direito de propriedade é perpétuo e irrevogável (p. 402).

²² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

²³ Porquanto o credor fiduciário não é o proprietário pleno da coisa, mas, tão apenas, o titular de um direito *sob condição resolutiva* (GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 22)

²⁴ Nelson Kojranski *in* NASCIBENI, Asdrubal Franco; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (Coordenadores). **Contratos empresariais interpretados pelos tribunais**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 80. Enquanto esta parte, no entanto, não pagar a integralidade da dívida, posiciona-se como mero depositário do objeto, assumindo, também, os riscos pela perda e deterioração anormal do mesmo, de acordo com o quanto pregado pelo art. 1363, do CC (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 596). Pelo quanto já sinalizado, chega-se à conclusão de que o fiduciante somente adquirirá a propriedade definitiva do bem dado em garantia caso efetue o integral pagamento dos valores acordados, resolvendo-se, assim a obrigação de ambas as partes.

²⁵ CLAUDINO, Patrícia Brasil. **A execução da alienação fiduciária de imóvel: uma análise da execução administrativa e judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016, p. 15.

se constituir em um direito real de garantia, tal como ocorre com a hipoteca, o penhor ou a anticrese, porquanto, no negócio jurídico fiduciário, há uma transferência de propriedade, ao contrário do quanto ocorre, por exemplo, com as garantias reais clássicas mencionadas. Desta maneira, a alienação fiduciária em garantia tratar-se-ia de um tipo de propriedade, como uma parte da doutrina a defende, e esta seria, como visto, resolúvel, destacando o quanto asseverado nos arts. 1.228, no Título III, Capítulo I, do CC, no sentido de que “[...] o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”, e demais capítulos em espécie, dedicados à propriedade. Outrossim, ainda se destaca o art. 1.359, quando dispõe acerca da sua cláusula resolutiva, e no art. 1.361, em cujo texto ficam evidenciadas as 02 (duas) características da modalidade negocial trabalhada, ou seja: trata-se de uma propriedade resolúvel que tem, como escopo, a garantia, nos termos que a lei a define.

Importante destacar, nesse sentido, que, uma vez transferindo-se a própria propriedade da coisa, a *fiducia* se presta, mais do que qualquer outro instituto, a fornecer garantias mais sólidas do que aquelas oferecidas pela hipoteca, pelo penhor ou pela anticrese²⁶.

O Código Civil de 2002²⁷ não disciplina a alienação fiduciária em garantia no capítulo dos contratos em espécie, mas ao tratar da propriedade fiduciária prevista nos arts. 1.361 a 1.368 deste mesmo diploma. Entretanto, somente dispõe acerca de bens móveis infungíveis e, ainda, fora do contexto de mercado.

Neste âmbito específico, esta regulamentação (sobretudo do ponto de vista da executoriedade) será realizada pelo Decreto-Lei nº 911/69, por ora já mencionado – que será incansavelmente reiterado neste trabalho –, e que alterou algumas disposições da chamada Lei do Mercado de Capitais de nº 4.728, de 1965, em sua seção XIV, e pela Lei nº 10.931, de 2004²⁸, que alterou algumas disposições destas 02 (duas) legislações específicas, dispondo acerca da modalidade de alienação fiduciária em garantia que tem, como partícipe credor da contenda, uma instituição financeira ou a essa assemelhadas.

²⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição. Visão crítica da alienação fiduciária de imóveis da Lei nº 9.514/97.** São Paulo: Revista da Escola Paulista da Magistratura, a. 14, n. 02, ago. 2014, p. 22 apud CLAUDINO, Patrícia Brasil. **A execução da alienação fiduciária de imóvel: uma análise da execução administrativa e judicial.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016, p. 17.

²⁷ BRASIL. 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: 17 nov. 2018.

²⁸ BRASIL. Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei no 911, de 1o de outubro de 1969, as Leis no 4.591, de 16 de dezembro de 1964, no 4.728, de 14 de julho de 1965, e no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

A alienação fiduciária de bens imóveis, outrossim, é regulamentada pela Lei de nº 9.514, de 1997²⁹, entretanto, não é este o objeto do presente estudo monográfico.

2.2 DO INADIMPLEMENTO/DA MORA POR PARTE DO CONTRATANTE NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS

Quando o fiduciante deixa de honrar com a sua obrigação no contrato, sendo esta positiva e líquida, e em termo ajustado, ou seja, de realizar, no caso, o pagamento de alguma(s) parcela(s) do instrumento jurídico, torna-se este inadimplente e a mora é constituída de pleno direito³⁰, ficando, desde já, o credor autorizado a exigir-lhe o pagamento da(s) contraprestação(ões) em atraso:

Em toda relação obrigacional, a efetividade do vínculo obtém-se através de providencias coercitivas, que se condensam na ação outorgada ao credor para satisfazer-se no patrimônio do devedor, no caso do adimplemento da obrigação³¹.

O direito do credor é inequívoco, enunciando, nesse sentido, o art. 475, do CC: “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”.

No tocante aos meios possíveis e idôneos deixados à escolha desta parte para a efetivação da cobrança, destacam-se as vias judiciais da: ação de cobrança (propriamente dita), ação de execução da dívida, e, ainda, ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, e que se encontra sob a posse direta do devedor ou de um terceiro a este vinculado.

Neste último caso, na hipótese de a parte contratante incorrer em mora, deixando, por assim dizer, de honrar com os seus compromissos (ou seja, de realizar o pagamento das prestações acordadas nas formas e prazos determinados), correrá esta o risco de perder a posse direta da coisa (pois a indireta já pertence ao credor), bem como, em definitivo, a sua propriedade (transferida antecipadamente à contratada), em favor da instituição financeira que

²⁹ BRASIL. 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: 02 nov. 2018.

³⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

³¹ GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 91.

não poderá ficar com a coisa para si.

A ação de busca e apreensão resta assegurada pelo Decreto-Lei de nº 911/69.

2.2.1 Do procedimento previsto no Decreto-Lei de nº 911/1969

O Decreto-Lei nº 911/69 foi editado em pleno regime militar e elaborado com o fito de estabelecer normas de processo para a aplicação prática da alienação fiduciária.

Na hipótese, portanto, de inadimplemento da obrigação por parte do devedor fiduciante, pode-se valer o credor fiduciário, conforme este diploma, das seguintes medidas judiciais, destacadas pelos ilustres doutrinadores Orlando Gomes e Silvio de Salvo Venosa:

Se o devedor não paga e o credor quer valer-se da garantia, tem hoje à sua disposição quatro meios de realizá-la: 1) a *venda extrajudicial* da coisa; 2) a *busca e apreensão*; 3) a *ação de depósito*; 4) a *ação executiva*³².

[...] a *alienação da coisa* para haver o preço do débito em aberto, se esta lhe for entregue efetivamente pelo devedor (§ 4º do art. 66 e art. 2º do Decreto-lei nº 911/69); *ação de busca e apreensão*, que autoriza a apreensão *initio litis*³³ (art. 3º do Decreto-lei nº 911/69); *ação de depósito* na hipótese de o bem não ter sido encontrado na busca e apreensão que em pedido de depósito poderá ser convertida (art. 4º); ou em propositura autônoma de *ação executória* (art. 5º) pela qual pode optar o credor³⁴.

Atentemo-nos, no entanto, aqui, para o ajuizamento da ação de busca e apreensão de bem alienado a ser concedida, liminarmente e vinculativamente, pelo Juízo da causa³⁵, e, por vezes, sem a oitiva da outra parte (*inaudita altera parte*).

Como vimos, de acordo com o autor Joel Dias:

O processo e procedimento aplicáveis para as ações de busca e apreensão em sede de alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais, ou quando ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário, são aqueles delineados no Dec.-lei 911/1969, conforme assinalado em seu art. 8.º-A, com a redação conferida pelo art. 56 da Lei 10.931/2004³⁶.

³² GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 103.

³³ No começo da lide.

³⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 601.

³⁵ Art. 3º, 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.

³⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 28.

Acerca desta medida, ressalta o mestre Orlando Gomes³⁷:

A busca e apreensão é uma ação autônoma que o credor (proprietário fiduciário) pode propor contra o devedor ou terceiro para tomar o bem, se comprova que o devedor está em mora ou é inadimplente. Estabelece a lei o rito processual dessa singular ação, determinando que se consolide a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem nas mãos do proprietário fiduciário.

Segundo o autor Joel Dias, a medida de busca e apreensão do bem alienado, cujo rito é diferenciado, tem natureza jurídica emergencial (tutela de urgência) e satisfativa autônoma³⁸ (conforme o quanto asseverado pelo art. 3º, do Decreto-Lei nº 911/69, com redação conferida pela Lei nº 10.931/2004), e a sua vantagem é de permitir ao credor tornar-se proprietário pleno do bem, superada a sua condição resolutiva, incorporando-o ao seu patrimônio³⁹.

Esta demanda fica restrita aos contratos alienados e firmados com instituições financeiras e a essas assemelhadas, regidas pela Lei 4.728/65, que trata do mercado de capitais, pretendendo-se, em suma: compelir o devedor a realizar o pagamento do *quantum* inadimplido contratualmente, em determinado prazo – antecipando-se, para isso, o vencimento de todas as demais obrigações contraídas pela parte –, sob pena de apreensão liminar da coisa garantida fiduciariamente e de perda da posse direta da mesma que ainda se encontra em poder do devedor fiduciante (ou, ainda, de terceiro)⁴⁰.

Desta maneira, visa o credor fiduciário, com a interposição da medida, garantir tanto a posse quanto a propriedade plena e exclusiva do objeto em favor do seu patrimônio (art. 3º, § 1º, Decreto-Lei nº 911/69).

Quando entendemos a estruturação desde procedimento, verificamos que, indiretamente, a parte contratada busca resolver antecipadamente o contrato, com a satisfação do crédito devido por meio da adoção de 02 (duas) medidas, quais sejam: (i) através da captura do bem garantido fiduciariamente, ou (ii) por meio do pagamento de todas as prestações vencidas pela contraparte, não fazendo esta jus a qualquer estorno de quantia já desembolsada.

Antes mesmo de adentrar com a presente demanda, cumpre-se notificar previamente o

³⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 570. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/39420709/contratos---26-ed---orlando-gomes>>. Acesso em 14 out. 2018.

³⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

³⁹ GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 84.

⁴⁰ Ressalta-se, nesse sentido, que a propriedade resolúvel do bem já pertence à instituição bancária.

devedor fiduciante acerca da sua mora – muito embora esta se constituía com o simples vencimento do prazo para pagamento (*mora ex re*)⁴¹. A notificação pode-se dar através de: (i) comunicação mediante carta registrada ou (ii) protesto de título.

Uma vez cientificado o devedor fiduciante, pode este realizar o pagamento das parcelas em atraso perante cartórios notificantes ou, diretamente, ao credor fiduciário⁴², retomando-se, assim, o curso normal do contrato. No entanto, no silêncio desta parte, pode o credor fiduciário requerer o que lhe entende devido, valendo-se do procedimento especial mencionado (ação de busca e apreensão)⁴³, caso não opte por nenhuma outra medida prevista em lei (p. ex.: ação executiva e/ou de cobrança do saldo em aberto), executando, de pleno direito, a dívida, cujo vencimento será inteiramente antecipado⁴⁴.

Deferido o pedido liminar de apropriação da coisa móvel retratada neste trabalho (art. 3º, *caput*, Decreto-Lei nº 911/69), deve o Juízo necessariamente acolher a pretensão autoral⁴⁵, e o bem é imediatamente transferido ao domínio do credor, mediante a atuação do oficial de justiça que se desloca ao endereçamento da contraparte para a sua captura.

No momento da apreensão do objeto, o servidor intima o fiduciante para que este tome conhecimento da ação movida contra si, e, ainda, para que, se for do interesse – e da possibilidade – dessa parte, esta realize o integral pagamento da dívida, segundo os valores apresentados pelo Autor em sua exordial, sob o prazo legal de 05 (cinco) dias (art. 3º, § 2º, Decreto-Lei nº 911/69), que começa a fluir da juntada do mandado de busca e apreensão cumprido aos autos (art. 231, II, CPC), no primeiro dia útil seguinte, excluído o dia do início e incluído o do vencimento (art. 224, CPC).

A norma, portanto, autorizaria o credor fiduciário, independentemente da extensão da mora do indivíduo ou da pessoa jurídica contratante, a valer-se de medida mais gravosa a ser perpetrada contra a parte, condicionando-lhe a devolução do bem móvel apreendido à

⁴¹ GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 95, e AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: CJP, 2003, p. 50.

⁴² Pessoalmente ou por meio de representação legal.

⁴³ Por intermédio do seu representante legal, com procuração devidamente acostada nos autos.

⁴⁴ Nesse sentido, de acordo com Orlando Gomes (GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 98): “Um dos mais importantes efeitos da mora das dívidas garantidas mediante alienação fiduciária é a antecipação de todas as obrigações contratuais, se o devedor não paga no tempo devido, qualquer das prestações em que haja fracionado seu débito”.

⁴⁵ Esta medida é vinculativa, acaso presentes: o contrato firmado entre as partes, a mora do contratante, e a notificação deste. Nesse sentido, importante asseverar o quanto destacado pelas Súmulas de nºs. 72 e 245, do STJ, que dispõem, respectivamente: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente” e “A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito”.

realização do pagamento total da dívida contraída⁴⁶, de acordo com os valores – por vezes, equivocados – que entende serem devidos⁴⁷ e em escassíssimo prazo, diga-se, de 05 (cinco) dias.

É bem verdade que a alienação fiduciária se trata de um verdadeiro meio à facilitação do adimplemento pelo contratante, pois assegura ao credor um procedimento mais célere e peculiar em caso de descumprimento do contrato pela contraparte, com a apropriação imediata do bem ao seu patrimônio.

A discussão em torno disso, no entanto, refere-se a situações em que a dívida existente é tão ínfima – se comparado ao valor global do contrato, encontrando-se este tão próximo de se resolver naturalmente –, que se questiona se não deveria haver um tratamento mais diferenciado destes casos quando da aplicação irrestrita deste regramento específico (Decreto-Lei nº 911/69), com o fito de obstar a medida de busca e apreensão da coisa garantida contratualmente de maneira antecipada⁴⁸.

2.3 DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Como regra geral, segundo disposto no art. 475, do Código Civil, quando houver o descumprimento de uma obrigação contratual por uma das partes, aquela 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”.

Veja-se, nesse sentido, que o aludido artigo autoriza, de maneira inequívoca, o credor a rescindir o instrumento jurídico em comento se assim considerar pertinente. Excepcionalmente, no entanto, a doutrina defende a aplicação de uma construção às situações supramencionadas, ou seja, quando se constatar o descumprimento de um valor ignóbil pelo devedor, se comparado ao montante total do contrato, seja ela: a Teoria do Adimplemento Substancial⁴⁹.

⁴⁶ BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.418.593/MS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Turma, Julgado em 14/05/2014, Publicado no Diário de Justiça em 27/05/2014.

⁴⁷ Não se confere ao devedor fiduciante, nesse sentido, a possibilidade de impugnação dos valores apresentados em exordial, sendo a coisa apreendida liminarmente e independentemente do *quantum* devido, calculado de maneira equivocada ou não.

⁴⁸ Após a captura da coisa, ordinariza-se o procedimento, contando-se o prazo para defesa do réu, que será de 15 (quinze) dias (art. 3º, § 3º, Decreto-Lei nº 911/69) da juntada, aos autos, do mandado de execução da liminar, e assim segue o feito com o seu regular processamento, até que seja proferida a decisão final pelo Juízo (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 91-94).

⁴⁹ O autor Jones Figueirêdo Alves, em defesa da mencionada Teoria, destacou a necessidade de existência de uma norma legal explícita a ser incluída ao art. 475, do CC, de maneira a positivar a referida tese do Adimplemento Substancial “como fenômeno jurídico suficiente para a não-resolução do contrato” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel

Essa Teoria funcionaria como um verdadeiro instrumento de limitação do direito do credor de buscar e apreender, liminarmente, por intermédio do Poder Judiciário, o objeto do contrato acessório agravado por alienação fiduciária, condicionando a restituição da coisa ao pagamento integral e antecipado dos valores constantes em instrumento jurídico principal e em peça inicial ajuizada, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de resolução antecipada da avença, com a consolidação da posse e da propriedade exclusiva e definitiva do bem ao seu patrimônio. Ou seja, se ínfimo o inadimplemento da outra parte, de maneira a não ocasionar qualquer desequilíbrio das obrigações⁵⁰, far-se-ia uma interpretação restritiva do Decreto-Lei em referência:

A teoria do adimplemento substancial, por outro lado, surge como um instrumento de limitação do direito do credor resolver o negócio jurídico em razão de inadimplemento. A partir do momento em que restringe a atuação do detentor do direito ao recebimento da obrigação em razão do adimplemento quase que total da dívida por parte do devedor, obsta a utilização de medida legal para satisfazer a pretensão do negócio jurídico.

Neste ponto, aplica-se jurisprudencialmente, por intermédio desta teoria, a razoabilidade de limitar a atuação do credor em razão da boa-fé do devedor e do pagamento quase que integral da dívida, de sorte que aplicar sanções excessivas ao devedor poderia não ser encarada como a medida mais justa e eficiente, conforme o caso concreto⁵¹.

Nesse sentido, e, como bem sinalizado pelo autor Igor Mascarenhas, também a jurisprudência pátria, por bastante tempo, admitia a aplicação da construção doutrinária referida acaso visualizasse, no julgamento de uma causa, a existência de um descumprimento mínimo, de pouquíssima relevância, quando comparado ao valor global do instrumento jurídico firmado⁵².

No entanto, em recente julgamento realizado pelo STJ, este posicionamento alterou-se drasticamente, pelo quanto será melhor detectado e analisado na segunda parte deste trabalho.

Deixando-se, assim, um pouco afastado este exame, importemo-nos, neste momento, a destacar a origem e a importância deste instrumento de equidade.

Dias. **O adimplemento substancial como elemento decisivo à preservação do contrato**. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, nº 240, 2007, p. 35).

⁵⁰ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

⁵¹ Igor de Lucena Mascarenhas e Karla Jeanne Braz Ferreira *in* COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da, LEAL, Larissa Maria de Moraes, CARDOSO, Henrique Ribeiro (Organizadores). **Humanização do direito e proteção social dos hipervulneráveis (Vol. II)**. João Pessoa: IDCC, 2018, p. 07. Disponível em: <<http://institutodcc.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Humaniza%C3%A7%C3%A3o-do-Direito-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-Social-dos-Hipervulner%C3%A1veis-Vol-II.pdf>>. Acesso em: 27 de set. de 2018.

⁵² *Ibidem*. Acesso em: 06 de dez. de 2018.

Como visto, a Teoria do Adimplemento Substancial impede que o credor rescinda unilateralmente e antecipadamente o contrato, quando cumprida parte essencial da obrigação assumida pelo contratante. Vale dizer, nesse sentido, que o credor fiduciário não perde o direito de buscar a satisfação do seu crédito, mas de tão somente perquiri-lo pela mencionada via (da busca e apreensão de bem alienado), limitando-se a exigir do devedor fiduciante o remanescente efetivamente devido por intermédio, por exemplo, de uma ação de cobrança⁵³ ou de uma demanda executiva⁵⁴.

A Teoria do Adimplemento Substancial – ou *substancial performance* – surgiu na Inglaterra do século XVIII, sendo a contenda Boone x Eyre, ocorrida em 1779, mencionada como um dos seus primeiros casos, julgado por Lord Mansfield⁵⁵, que, na época, distinguiu as obrigações dependentes (*conditions*) das obrigações independentes⁵⁶ de um dado contrato.

Vamos aos fatos. O demandante Boone obrigara-se a transferir ao demandado Eyre a propriedade de uma plantação nas Antilhas mais os escravos que ali viviam, garantindo-se o domínio e a posse dos “objetos” pacificamente; por outro lado, o demandado Eyre obrigara-se a efetuar ao demandante Boone o pagamento de 500 (quinhentas) libras mais uma renda anual de 160 (cento e sessenta) pelo quanto asseverado, ou seja, pela contraprestação da plantação e dos escravos que lhe eram destinados.

Ocorre que, em um determinado momento da relação jurídica, Boone exigiu de Eyre, em juízo, o pagamento de 400 (quatrocentas) libras em atraso, de maneira que, malgrado Eyre tivesse alegado que Boone não havia, também, executado a sua parte com contrato, pois este não teria lhe garantido efetivamente o domínio sobre os escravos, Lord Mansfield entendeu que a inexecução do instrumento jurídico por Boone (ou seja, de garantir os “bens” acessórios do contrato) não dispensava Eyre da obrigação de pagar-lhe o preço acordado⁵⁷. Ou seja, tratando-se de uma obrigação secundária, a inexecução somente se resolveria em perdas e danos, sem levar, de maneira alguma, à ruptura do contrato principal⁵⁸.

Levemo-nos, assim, o referido julgamento para o presente caso. Considerando-se que a

⁵³ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

⁵⁴ Nesse sentido, dispõe o art. 5º, do próprio Decreto: Art. 5º. 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.

⁵⁵ Lord Mansfield (1705-1793) é considerado, por muitos, o maior jurista britânico do século XVIII e o pai do Direito Comercial inglês, dada a sua enorme contribuição para este ramo jurídico.

⁵⁶ BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 60-77, 1993, p. 61.

⁵⁷ BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 60-77, 1993, p. 61.

⁵⁸ *Ibidem.*, p. 62.

alienação fiduciária é instrumento acessório da obrigação principal, não poderia aquela resolver, de pleno direito, a contratação basilar celebrada (mútuo bancário).

Com o passar do tempo, este instituto irradiou-se mundialmente até alcançar países que hoje adotam o sistema do *Civil Law*. No Código Civil Italiano, por exemplo, há expressa previsão deste adimplemento em seu art. 1.455⁵⁹, segundo o qual o contrato não será resolvido se o inadimplemento de uma das partes tiver escassa importância, ressaltando-se, no entanto, sempre o interesse da outra⁶⁰.

O ordenamento jurídico brasileiro, por outro lado, não prevê diretamente este instrumento. No entanto, a Teoria do Adimplemento Substancial é bastante aclamada por boa parte da nossa doutrina⁶¹, e, ainda, pela nossa jurisprudência pátria, tendo sido, por um longo período, notada pelo STJ, como decorrência do princípio da boa-fé objetiva.

No tocante ao Adimplemento Substancial do contrato, o jurista e desembargador pernambucano Jones Figueiredo Alves destaca:

Com efeito, o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator desconstrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isto quer dizer que a hipótese da resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigurando razoável a extinção do contrato⁶².

O professor Flávio Tartuce, em concordância com a assertiva acima, dispõe que “[...]”

⁵⁹ ITALIA. Art. 1.455 (Importanza dell'inadempimento), Il Codice Civile Italiano. *Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

⁶⁰ De igual maneira se observa em diversas outras legislações esparsas, encontrando-se o instituto ainda presente nos códigos civis: português (art. 802 – Impossibilidade parcial, nº 2, do Código Civil: “O credor não pode, todavia, resolver o negócio se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”). Disponível em: <<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>>. Acesso em 17 nov. 2018), francês (através da interpretação do art. 1.184, segunda parte, do Código Civil: “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”). Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf> Acesso em: 17 nov. 2018) e alemão (section 323. If the obligor has performed in part, the obligee may withdraw from the whole contract only if he

has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not withdraw from the contract if the breach of duty is trivial (trad.). Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2018).

⁶¹ O mestre Clóvis do Couto e Silva foi um dos pioneiros a tratar sobre o assunto, quando em tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no ano de 1964.

⁶² ALVES, Jones Figueiredo. **O adimplemento substancial como elemento decisivo à preservação do contrato**. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, nº 240, 2007, p. 34-35.

em hipóteses em que o contrato tiver sido quase todo cumprido, não caberá a sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, visando sempre a manutenção da avença”⁶³. Veja-se, assim, que o direito ao cumprimento da relação jurídica continua assistindo ao credor fiduciário, no entanto, cabe a este tão somente buscar a execução da avença pela adoção de outras medidas menos radicais e onerosas.

Para o procurador e mestre Eduardo Bussatta, a Teoria em espeque serviria, como já observado, de limite ao direito conferido ao credor de resolver o contrato, ou seja, de baliza à faculdade deste em optar pela via resolutória, na medida em que a ausência de freios nesse sentido “[...] pode levar a situações de manifesta injustiça, especialmente naquelas situações em que a quase-totalidade do programa obrigacional foi cumprida pelo contratante”, tendo a outra parte obtido a quase-totalidade do proveito econômico acordado⁶⁴. Além disso, ressalta:

A resolução é remédio grave por romper com o vínculo jurídico (...)
Assim, tal remédio somente deve ser usado em situações de gravidade, não estando de acordo com a boa-fé e o seu uso em situação em que o inadimplemento é de escassa importância. Funciona a resolução como *ratio extrema*, sempre ponderadas as circunstâncias relevantes que concorrem para a frustração ou manutenção do interesse do credor⁶⁵.

A autora Vivien Lys Porto Ferreira da Silva, chega, até mesmo, a afastar a concretização da mora do contratante caso a prestação tenha sido executada parcialmente, num montante em que ela classifica como “quase integralmente”, propiciando-se, assim, a essencialidade da obrigação e a permanência da posse do bem com o devedor⁶⁶. Isto porque inexistiria, *in casu*, uma violação material e grave da obrigação caracterizadora do inadimplemento absoluto da parte.

Nesse sentido, expõe o professor Fredie Didier Jr.: “[...] uma aplicação da vedação ao abuso do direito é a chamada teoria do adimplemento substancial”⁶⁷.

Os Tribunais de Justiça dos Estados já proferiram diversas decisões nesse sentido, no

⁶³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 251.

⁶⁴ BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90-91.

⁶⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação de rescisão contratual – doutrina da gravidade suficiente do inadimplemento – faculdade discricionária do juiz. Parecer publicado na RF. Rio de Janeiro: Forense, v. 329, p.174, jan/mar. 1995 apud BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 93.

⁶⁶ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.

⁶⁷ DIDIER, Fredie Jr. **Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro**. Revista eletrônica de Direito Processual, n. 4, p. 58-61, jul/dez. 2009, p. 58. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21607/15634>>. Acesso em: 27 set. 2018.

entanto, atemo-nos ao quanto já estabelecido pelo STJ.

Apona-se como *leading case* brasileiro o RESp de nº 76.363/MT, julgado pela Quarta Turma desta Corte, de relatoria do ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., que decidiu que a falta de pagamento de 01 (uma) única prestação do contrato não autorizava a seguradora a resolvê-lo antecipadamente, porquanto a segurada já havia cumprido substancialmente com parte da obrigação pactuada⁶⁸.

Seguindo este entendimento, outras decisões versaram especificamente sobre a alienação fiduciária em garantia, no sentido de estabelecer que a busca e apreensão não seria medida razoável para cobranças de pequena monta, quando comparadas com a integralidade do contrato, senão, vejamos: RESp nº 272.739/MG⁶⁹, julgado pela mesma Turma e relatoria do *leading case* sinalizado; RESp nº 1.559.474/MT⁷⁰; AREsp nº 999.447/RJ⁷¹; e RESp nº 1.618.749/MG⁷², muito similar ao caso paradigma deste trabalho (RESp 1.622.555/MG),

⁶⁸ BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 76.363/MT. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Julgado em 11/12/1995, Publicado no Diário de Justiça em 01/04/1996. SEGURO. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) 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 segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avallar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido.

⁶⁹ BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 272.739 MG. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Julgado em 01/03/2001, Publicado no Diário de Justiça em 02/04/2001. Alienação Fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.

⁷⁰ BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.559.474/MT, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado em 06/10/2016, Publicado no Diário de Justiça em 14/10/2016. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. IMPROCEDÊNCIA. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO EQUITATIVO. AFASTAMENTO. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 356/STF. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

⁷¹ BRASIL. STJ. Agravo em Recurso Especial nº 999.447/RJ, Relator: Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, Julgado em 28/10/2016, Publicado no Diário de Justiça em 07/11/2016. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCP. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA E OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. FUNDAMENTOS INATACADOS. SÚMULA Nº 283 DO STF. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

⁷² BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.618.749/MG. Relator: Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, Julgado em 16/02/2017, Publicado no Diário de Justiça em 24/02/2017. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. BANCÁRIO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLENTO. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE NA ESPÉCIE. REQUISITOS

possuindo o mesmo polo ativo desta contenda⁷³.

Os que defendem, portanto, a aplicação deste instrumento doutrinário relaciona-o intimamente com alguns princípios contratuais consagrados pelo nosso ordenamento civilista, que regem e devem ser necessariamente observados em todas essas relações jurídicas.

A priori, tratando-se dos princípios de uma maneira geral, dispõe Teresa Negreiros, citada por Ancona Lopez, *in verbis*:

Princípios são normas que, em um sistema fundado formal e materialmente na Constituição, têm função integrativa de todo o ordenamento, em conformidade, precisamente, com a Lei Fundamental. A generalidade e o caráter fundante, características tradicionalmente atribuídas aos princípios, são analisadas como critérios de distinção entre estes e as regras: diferentemente das regras, os princípios, porque genéricos e fundantes têm a função de fazer do ordenamento jurídico um sistema, na medida em que viabilizam uma interpretação conducente à unidade interna e à adequação valorativa do direito positivo⁷⁴.

Observe-se a importância que essas normas possuem em nosso ordenamento jurídico, especialmente quando comparadas com as demais regras vigentes, sobrepondo-se aquelas, na extensa maioria das vezes, a essas, quando divergentes.

No tocante a alienação fiduciária em garantia, não obstante haja regramento próprio e específico para a matéria (Decreto-Lei nº 911/69⁷⁵), deve-se, necessariamente, e, de tal maneira como qualquer outro instrumento jurídico, observar preceitos e valores trazidos pelo nosso Código Civilista, e, ainda pela nossa Carta Magna (CF/88), dentre os quais se destacam os preceitos da função social do contrato (art. 421, CC/02) e da boa-fé objetiva (art. 422, CC/02) que possuem o condão “[...] de limitar a liberdade e autonomia contratual com o intuito de preservar as relações negociais como um todo”⁷⁶.

ESTABELECIDOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ATENDIMENTO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

⁷³ Cumpre-se, neste momento, destacar que os 02 (dois) últimos julgados foram posteriormente reconsiderados em virtude do julgamento deste recurso representativo de controvérsia (RESp 1.622.555/MG).

⁷⁴ NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 278 apud Teresa Ancona Lopez *in* FERNANDES, Wanderley (Coordenador). *Contratos empresariais – fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 03.

⁷⁵ Quando firmados com instituições financeiras-bancárias, regulamentadas pelo Sistema Nacional Financeiro.

⁷⁶ Igor de Lucena Mascarenhas e Karla Jeanne Braz Ferreira *in* COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da, LEAL, Larissa Maria de Moraes, CARDOSO, Henrique Ribeiro (Organizadores). **Humanização do direito e proteção social dos hipervulneráveis (Vol. II)**. João Pessoa: IDCC, 2018, p. 07. Disponível em: <<http://institutodcc.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Humaniza%C3%A7%C3%A3o-do-Direito-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-Social-dos-Hipervulner%C3%A1veis-Vol-II.pdf>>. Acesso em: 27 de set. de 2018.

2.3.1 Da boa-fé objetiva

Acerca da relação da Teoria do Adimplemento Substancial com o princípio da boa-fé objetiva, discorre brevemente o processualista Fredie Didier Jr.⁷⁷:

No direito privado brasileiro, a teoria do adimplemento substancial vem sendo adotada a partir da aplicação da cláusula geral do abuso do direito (art. 187 do Código Civil) e da cláusula geral da boa-fé contratual (art. 422 do Código Civil). O princípio da boa-fé vige também no direito processual. Uma de suas consequências é, também, a vedação ao abuso do direito no âmbito processual.

Em vista do quanto ressaltado, adentremo-nos ao estudo da presente norma.

A professora e promotora baiana Joseane Suzart dispõe que as origens da boa-fé objetiva podem ser localizadas no § 242, do Código Civil Alemão de 1900 (BGB), que determina que os contratantes devem se comportar de acordo com esta e os usos do tráfico, irradiando-se o preceito para além desta regulamentação e para os demais ordenamentos jurídicos de outros países⁷⁸.

A noção de boa-fé objetiva se encontra prevista em nosso ordenamento jurídico no art. 422, do CC, e, ainda, no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor⁷⁹, sendo considerada como um dos princípios basilares de ambos os diplomas legislativos. Trata-se de uma cláusula geral (de todo modo, também a função social do contrato), ou seja, de uma norma orientadora sob a forma de diretrizes⁸⁰, que, segundo Gilmar Mendes, corresponde a “[...] um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas”⁸¹, dominando-se, assim, todo o

⁷⁷ DIDIER, Fredie Jr. **Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro**. Revista eletrônica de Direito Processual, n. 4, p. 58-61, jul/dez. 2009, p. 59. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21607/15634>>. Acesso em: 27 set. 2018.

⁷⁸ SILVA, Joseane Suzart Lopes, **O direito do consumidor brasileiro à informação sobre garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hermenêutica constitucional em busca da efetividade**. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2013, p. 304. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15303/1/JOSEANE%20SUZART%20LOPES%20DA%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro 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: 17 nov. 2018.

⁸⁰ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125. Cristiano Chaves (FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosendal. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 39) também discorre acerca da eficácia interpretativa dos direitos fundamentais, também conhecida como eficácia externa ou horizontal, “direcionando o administrador para a realização dos programas constitucionais – invalidando os atos que deles se afastem –, gerando efeitos diretamente sobre as normas do direito privado, evidenciando ainda a necessidade do julgador de fundamentar as suas decisões nos valores neles consubstanciados, mesmo *contra legem*”. Outrossim, “A intensidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais requer um balanceamento de bens jurídicos por magistrados e tribunais, considerando-se as peculiaridades do caso”.

sistema contratual⁸².

A boa-fé objetiva é, em suma, a exteriorização da conduta das partes⁸³, que devem agir com lealdade e confiança recíprocas, trazendo-se, nesse sentido, uma ideia de segurança jurídica às relações privadas. Dispondo acerca do interesse social desta segurança jurídica, o ex-professor e mestre Orlando Gomes destaca o referido imperativo, aventando a noção de que, entre o credor e o devedor, é necessária uma colaboração, uma ajudando a outra na execução do contrato⁸⁴.

Em outras palavras, a boa-fé objetiva impõe a necessidade de as partes observarem os chamados deveres anexos ou secundários ao contrato⁸⁵. Em relação aos referidos, dispõem os autores Clóvis do Couto e Silva e Paulo Roberto Nalin:

Os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência⁸⁶.

Há, no contrato, o dever bilateral de proteção, que impede que uma das partes cause à outra algum dano, em razão da sua atividade⁸⁷.

O dever de cooperação, de outra forma, se reporta à obrigação de se facilitar o cumprimento obrigacional, com base nos critérios e limites usuais ditados pelos usos, costumes e boa-fé. A cooperação é encarada, no mais, em um duplo sentido, apesar de sua natural tendência de favorecimento ao devedor, exigindo de ambos os contratantes uma postura de solidariedade⁸⁸.

Segundo a professora Teresa Ancona Lopez, a cláusula geral da boa-fé objetiva assegura,

⁸² *Ibidem.*, 171.

⁸³ Nesse sentido, Cristiano Chaves (*Ibidem.*, p. 175): “(...) a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção”.

⁸⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/39420709/contratos---26-ed---orlando-gomes>>. Acesso em 14 out. 2018.

⁸⁵ Segundo a autora Judith Martins Costa (MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38 apud CARVALHO, Breno Tessinari de. **A boa-fé objetiva impõe deveres anexos aos negócios jurídicos, ainda que não haja previsão expressa das partes?**. 2016. Disponível em: <<https://brennotessinari.jusbrasil.com.br/artigos/372992572/a-boa-fe-objetiva-impoe-deveres-anexos-aos-negocios-juridicos-ainda-que-nao-haja-previsao-expressa-das-partes>>. Acesso em 07 dez. 2018), tratam-se de deveres que não são os centrais ou nucleares, mas que estão anexos, marginais, laterais ao contrato, os quais muitas vezes não foram redigidos. Tratam-se de obrigações decorrentes da justa expectativa que existe em nossas relações sociais de sempre lidar com pessoas íntegras e probas.

⁸⁶ SILVA. Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 93.

⁸⁷ *Ibidem.*, p. 40.

⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson (Coordenador). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 198, apud GANGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 109.

portanto, uma ideia de eticidade que deve haver no direito das obrigações⁸⁹; as partes devem agir, como dito, com lealdade e confiança recíprocas, e, mais ainda, com honestidade e fidelidade mútuas. Nesse sentido, dispõe Cristiano Chaves:

De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e na retidão, garantam a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura. Seria, em uma última instância, a tradução no campo jurídico do indispensável cuidado e da estima que devemos conceder ao nosso semelhante⁹⁰.

Este dever de comportamento deve estar presente tanto no momento anterior à celebração do contrato⁹¹, bem como durante a sua consecução e para além da extinção formal da avença, sendo, deste modo, um dever jurídico exigível em suas 03 (três) fases⁹².

Acerca deste dispositivo, o professor e ex-desembargador paulista Silvio de Salvo Venosa destaca a sua importância e a necessidade de observância do referido quando diante do julgamento de uma determinada causa:

Importa, pois, examinar o elemento subjetivo em cada contrato, ao lado da conduta objetiva das partes. A parte contratante pode estar já, de início, sem a intenção de cumprir o contrato, antes mesmo de sua elaboração. A vontade de

⁸⁹ Teresa Ancona Lopez in FERNANDES, Wanderley (Coordenador). **Contratos empresariais – fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 05, discorre acerca dos valores essenciais da eticidade, socialidade e operabilidade no novo Código Civil (2002), trazidos pelo mestre Miguel Reale. A eticidade se manifesta por meio do princípio da boa-fé objetiva, e, assim, da lealdade, da correção, e da probidade, delineando-se limites à atuação das partes, sempre na busca da justiça contratual (p. 03); a socialidade, que choca-se com a ideia do individualismo (p. 05); e a operabilidade, que refere-se à melhor técnica para a aplicação do Direito. Nesse sentido, também Pablo Stolze e Rodolpho Pamplona Filho (GANGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. *op. cit.*, p. 102), em referência ao aludido princípio “(...) consiste em um princípio vinculado a uma imprescindível regra de comportamento, umbilicalmente ligada à *eticidade* que se espera seja observada em nossa ordem social”.

⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosendal. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 24.

⁹¹ Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 170, da III Jornada de Direito Civil da CJF: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações e após a execução do contrato, quanto tal exigência decorrer da natureza do contrato.”

⁹² Nesse sentido, Teresa Ancona Lopez (in FERNANDES, Wanderley (Coordenador). **Contratos empresariais – fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44), e, ainda, Pablo Stolze e Rodolpho Pamplona Filho (GANGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 113), no sentido de que: “Deverá esse princípio – que veio delineado no Código como cláusula geral – incidir mesmo antes e após a execução do contrato, isto é, *nas fases pré e pós-contratual*”, Carlos Roberto Gonçalves (GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55): “O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato” e Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 125-131), mencionando uma série de exemplos da aplicação do princípio nas 03 (três) fases do negócio jurídico.

descumprir pode ter surgido após o contrato. Pode ocorrer que a parte, posteriormente, veja-se em situação de impossibilidade de cumprimento. Cabe ao juiz examinar em cada caso se o descumprimento decorre de boa ou má-fé⁹³.

O mesmo autor ainda ressalta as 03 (três) funções clássicas contidas neste princípio, sejam elas: 1) a função interpretativa (art. 113); 2) a função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 187)⁹⁴; e 3) a função de integração do negócio jurídico (art. 422)⁹⁵. De igual modo, os professores Flávio Tartuce⁹⁶ e Cristiano Chaves⁹⁷, este último asseverando que, da análise de qualquer uma delas, haverá necessariamente um confronto entre a atividade judicial da aplicação do princípio e o direito positivado.

A boa-fé objetiva, traduz-se, outrossim, em um conceito jurídico aberto e indeterminado (de tal maneira como se dá com a função social do contrato), de forma que cabe ao legislador e ao juiz definir o seu sentido e alcance, aplicando-a ao caso concreto de acordo com as suas circunstâncias e peculiaridades⁹⁸.

⁹³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, v. 2: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 399-400. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/52359218/silvio-de-salvo-venosa--direito-de-familia-13-ed-2013>>. Acesso em 14 out. 2018.

⁹⁴ Relaciona-se, aqui, com a teoria do abuso de direito, que se funda na deslealdade de um dos contratantes (NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 141 apud Teresa Ancona Lopez in FERNANDES, Wanderley (Coordenador). **Contratos empresariais – fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53). Segundo Teresa (*Ibidem.*, p. 57): “(...) também com fundamento na boa-fé objetiva, na sua função limitadora de direitos subjetivos, temos a figura do *adimplemento substancial*, que, como a própria expressão está dizendo, o adimplemento chegou quase no final, faltando apenas uma parcela muito pequena em relação ao todo. Não seria justo a resolução do contrato com perdas e danos. O rompimento, nesse caso, seria abusivo, contra a boa-fé”.

⁹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, v. 2: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 401. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/52359218/silvio-de-salvo-venosa--direito-de-familia-13-ed-2013>>. Acesso em 14 out. 2018. Há uma certa divergência doutrinária acerca das funções, mas que não se destoam gravemente. O professor Pablo Stolze (GANGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 105-113) mesmo, destaca: (i) a função interpretativa e de colmatação (igualmente prevista no art. 133, do CC); (ii) a função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção; entre eles, de lealdade e confiança recíprocas, de assistência/cooperação (cabe, aos contratantes, colaborar para o correto adimplemento da sua prestação principal e de maneira a não dificultar o pagamento por parte do devedor, ou o recebimento do crédito pelo credor da relação obrigacional, com destaque ao quanto asseverado em RESp de nº 272.739 MG, que tratou do caso de inadimplemento de uma única prestação do contrato de alienação fiduciária firmado, p. 108-109), de informação, e de sigilo e de confidencialidade; e (iii) a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos (a fim de evitar o também chamado abuso de direito e em referência ao quanto consagrado no art. 187, do CC).

⁹⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 121-122.

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosendal. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 180.

⁹⁸ Segundo Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412-413 apud GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57), trata-se de uma norma cujo conteúdo não

Além do mais, o princípio é norma de ordem pública, que não pode ser contrariada⁹⁹, e o seu reconhecimento se faz *ex officio* pelo juiz, a qualquer tempo e grau de jurisdição, não se sujeitando à preclusão incidente sobre as normas¹⁰⁰.

Em vista do exposto, diz-se que a tese do Adimplemento Substancial se consagra prevalentemente em razão da mencionada norma jurídica, consoante o quanto disposto nas palavras do ilustríssimo jurista Jones Figueiredo Alves¹⁰¹: “É pela observância de tal princípio, notadamente aplicável aos contratos massificados, que a teoria situa-se preponderante, como elemento impediante ao direito de resolução do contrato [...]”, e, ainda, por Eduardo Bussata, ao infirmar que a boa-fé objetiva é o fundamento último da teoria do adimplemento substancial, devendo ser aplicada a todos os contratos celebrados nesse sentido¹⁰². Desta mesma maneira, assevera o professor Cristiano Chaves:

Para quem possui uma percepção nítida da boa-fé objetiva, deve incluir-se entre as atribuições do magistrado a análise da gravidade da infração contratual, não sendo crível o desfazimento de uma significativa relação jurídico-econômica, pelo fato do insignificante descumprimento da avença¹⁰³.

Segue esta mesma linha de pensamento o conceituado Flávio Tartuce, assemelhando a aplicação desta Teoria ao quanto disciplinado pelo Enunciado de nº 162, da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF)¹⁰⁴, *in verbis*:

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

pode ser rigidamente fixado, dependendo, pois, das circunstâncias do caso. Essa imprecisão atribui ao interprete a liberdade de estabelecer o seu sentido e alcance, conforme mencionado.

⁹⁹ Art. 2.035, Código Civil, Disposições Transitórias: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁰⁰ No âmbito contratual, temos o Enunciado de nº 26, da I Jornada de Direito Civil do CJF: “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

¹⁰¹ ALVES, Jones Figueiredo. **O adimplemento substancial como elemento decisivo à preservação do contrato**. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, nº 240, 2007, p. 35.

¹⁰² BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosenvald. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 202.

¹⁰⁴ TARTUCE, Flávio. Carta Forense. **Teoria do Adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência**. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/15191>>. Acesso em: 27 set. 2018.

A conversão da mora em inadimplemento absoluto, portanto, nos termos do art. 395, do CC/02, não poderia se dar por “[...] meros interesses egoísticos e mesquinhos do credor”, conforme asseverado pelo jurista, “[...] mas de acordo com a boa-fé objetiva (a exigência de comportamento leal dos negociantes) e a conservação negocial”¹⁰⁵.

Segundo o autor, o preceito, ainda, tem o seu fundamento constitucional no art. 1º, III, da CF, além de vários incisos do art. 5º, sobretudo nos que tratam da função social da propriedade (XXII e XXIII) e da ordem econômica (art. 170, CF), em razão de se haver, aqui, uma relação direta com uma ideia de socialidade¹⁰⁶.

Como se não bastasse isso, influenciado pela doutrina e jurisprudência italianas¹⁰⁷:

A análise do adimplemento substancial passa por dois filtros: o primeiro é objetivo, a partir da medida econômica do descumprimento, dentro da relação jurídica existente entre os envolvidos; já o segundo é subjetivo, sob o foco dos comportamentos das partes no processo contratual.

Em face do quanto asseverado por Tartuce, salienta-se o entendimento do autor argentino Jorge Mosset Iturraspe, citado por Carlos Roberto Gonçalves, enfatizando a necessidade de limitação do direito subjetivo da contraparte credora:

A incidência da regra da boa-fé pode ocorrer em várias situações, não só para reclamar do contratante o cumprimento da obrigação, como também para exonerá-lo, como, por exemplo, “quando vem em auxílio do devedor a circunstância de o credor ser usuário; de um credor que pretende desconhecer a modificação das circunstâncias das bases do negócio jurídico; de um credor que pretende ignorar o estado de necessidade que aflige seu devedor; de um credor que pretende exercitar seu direito de maneira abusiva, seja com a intenção de causar dano a seu devedor, seja em proveito algum para si, seja contrariando os fins que a lei teve em mira ao reconhecer seu direito subjetivo”¹⁰⁸.

Nesse sentido, discorre o mestre gaúcho Clóvis do Couto e Silva:

Com isso, não se pense que o credor deixará de estar nitidamente desenhado como aquele partícipe da relação jurídica que é titular de direitos e pretensões.

¹⁰⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: direito das coisas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 455. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/41911195/direito-civil--flavio-tartuce---vol-4-direito-das-coisas---ed-matodo---2014>>. Acesso em: 14 out. 2018.

¹⁰⁶ TARTUCE, Flávio, **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 123.

¹⁰⁷ TARTUCE, Flávio. Carta Forense. **Teoria do Adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência**. 2015. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/15191>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹⁰⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset, **Contratos**. Buenos Aires, 1992, p. 264 apud GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59, com menção ao RESp nº 272.739/MG.

Amenizou-se, é certo, a posição deste último, cometendo-se-lhe, também, deveres, em virtude da ordem de cooperação. Com isso, ele não deixou de ser credor, sujeito ativo da relação, mas reconheceu-se que a ele cabiam certos deveres. Não caberá, a toda evidência, a efetivação da obrigação principal, porque isso é pensão precípua do devedor. Caber-lhe-ão, contudo, certos deveres como os de indicação e de impedir que a sua conduta venha dificultar a prestação do devedor. Este último dever, como já se mencionou, é bilateral¹⁰⁹.

Eis, portanto, a relevância pratico-jurídica do preceito enfatizado.

2.3.2 Da função social do contrato

No tocante a concepção da socialidade do contrato, prevista com a aplicação da boa-fé objetiva, temos, também, o próprio princípio da função social dos negócios jurídicos. Nesse sentido, de acordo com festejado doutrinador Cristiano Chaves:

A boa-fé é endógena, a função social do contrato é exógena. Os dois princípios atuam em caráter de complementariedade. Em comum, ambos são emanações do princípio da solidariedade nas relações privadas como limites positivos ao absolutismo da autonomia privada. Enquanto a boa-fé é uma cláusula geral que permite o influxo do solidarismo constitucional no perfil interno das relações patrimoniais, a função social captura o momento cooperativo na interação dos contraentes com o corpo social que os rodeia¹¹⁰.

Trata-se, igualmente, de uma cláusula geral¹¹¹, cujo conceito é aberto e indeterminado¹¹², que está intimamente associada à uma ideia (como observado) de socialidade e de cooperação que deve haver entre os partícipes de uma relação jurídica, para além de cada interesse pessoal no contrato, tendo, como escopo, “[...] promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes”¹¹³.

Nesse sentido, segundo Miguel Reale, citado por Teresa Ancona Lopez, caber-se-á uma limitação da atuação individualista de cada uma das partes, para que o instrumento jurídico

¹⁰⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 97.

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosendal. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 226.

¹¹¹ Segundo o jurista Ruy Rosado de Aguiar Jr. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 232 apud GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55), as cláusulas gerais que, hoje, devem necessariamente serem observadas pelos juízes e aplicadas aos seus julgamentos são: a boa-fé objetiva, o fim social do contrato e a ordem pública.

¹¹² Carlos Roberto Gonçalves (*Ibidem.*, p. 28) destaca: “Como a função social do contrato é cláusula geral, assinala Nelson Nery Júnior, o juiz poderá preencher os claros do que significa essa “função social”, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais”.

¹¹³ ALVES, Jones Figueirêdo. **Novo código civil comentado**, coord. De Ricardo Fiuza, p. 372-373 apud GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25).

formalizado satisfaça valores sociais e coletivos, que devem prevalecer sobre aqueles (individuais), quando há uma tensão entre os referidos¹¹⁴.

Da importância deste preceito jurídico, e ao contrário do quanto enunciado pelos doutrinadores Jones Figueiredo Alves e Eduardo Bussatta, o professor Flávio Tartuce destaca que este, na realidade, é o esteio principiológico do Adimplemento Substancial na busca de “[...] preservação da autonomia privada e da conservação do negócio jurídico”¹¹⁵, restringindo, nesse sentido, o princípio da força obrigatória ou obrigatoriedade das convenções, que constitui, na realidade, uma exceção à regra geral da socialidade, princípio este que impera dentro da nova realidade do direito privado contemporâneo.

Neste seguimento, nas palavras do ilustre Carlos Roberto Gonçalves:

A função social do contrato constitui, assim, princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como o da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam¹¹⁶.

Importante ressaltar, aqui, que não há uma pretensão de aniquilamento desses 02 (dois) últimos mandamentos – autonomia da vontade e *pacta sunt servanda* –, mas de, tão somente, temperá-los, “[...] tornando-os mais vocacionados ao bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes”¹¹⁷.

De acordo com os professores Pablo Stolze e Rodolpho Pamblona Filho, essa preocupação *socializante* do contrato, asseverada no Código Civil de 2002, cuida também de disciplinar outros defeitos que possam aparecer no instrumento jurídico, quais sejam: lesão e/ou estado de perigo. Nesse sentido, ao prever essas 02 (duas) espécies de vícios, “pretendeu-se

¹¹⁴ Teresa Ancona Lopez in FERNANDES, Wanderley (Coordenador). **Contratos empresariais – fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 05.

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. CARTA FORENSE. **Teoria do Adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência**. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/15191>>. Acesso em: 27 set. 2018. Nesse sentido, dispõe o Enunciado de nº 22, da I Jornada de Direito Civil do CJF: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

¹¹⁶ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.

¹¹⁷ GANGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 84. Nesse sentido, perfaz-se a boa-fé objetiva: “Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética” (SILVA. Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42).

amparar um dos contratantes da esperteza ou ganância do outro, resguardando-se, assim, o propósito maior de se impedir, a todo custo, o abuso de direito”¹¹⁸.

O princípio da função social do contrato aplica-se a todo e qualquer caso, juntamente com a boa-fé objetiva, e encontra-se previsto nos arts. 421 (“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”), e 2.035, parágrafo único, do Código Civilista (“Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”), este último, por vezes, esquecido pela doutrina.

Além do mais, o preceito encontra seu respaldo constitucional no princípio geral da função social do contrato *lato sensu* (art. 5º, XXII e XXIII, e, por conseguinte, art. 170, CF), e, ainda, no princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF)¹¹⁹, possuindo aplicação bastante acentuada.

2.3.3 De outros princípios contratuais: da vedação do abuso de direito e do enriquecimento sem causa, da segurança jurídica e da conservação do contrato

O abuso do direito é ato ilícito tratado nos arts. 186 e 187, do CC/02, cuja constatação abstrai a análise de culpa do agente¹²⁰, que não necessariamente infringe uma norma jurídica, mas excede à sua determinação legal, agindo de maneira contrária a princípios¹²¹.

O princípio do abuso do direito exige que haja uma ponderação entre o exercício da autonomia privada do indivíduo e os valores solidaristas que fundamentam o nosso ordenamento jurídico¹²², de tal modo que “[...] o juiz poderá agir além da lei, observando os limites sociais dos direitos subjetivos privados em contraposição ao problema intersubjetivo dos limites da pretensão perante o sujeito passivo desta”¹²³.

Relaciona-se com a cláusula geral da boa-fé objetiva, na medida em que esta limita o exercício de direitos subjetivos pelas partes, exigindo destas um determinado padrão de comportamento. Nesse sentido:

¹¹⁸ GANGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. *op. cit.*, São Paulo: Saraiva. 2014, p. 93.

¹¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 94.

¹²⁰ Nesse sentido, temos o Enunciado de nº 37, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF): “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosendal. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 195.

¹²² *Ibidem.*, p. 198.

¹²³ *Ibidem.*, p. 181.

O verdadeiro critério do abuso de direito no campo das obrigações parece se localizar no princípio da boa-fé objetiva, pois em todos os atos geralmente apontados como de abuso de direito estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar¹²⁴.

O doutrinador Fernando Noronha, citado por Cristiano Chaves, cita 03 (três) hipóteses de exercício inadmissível de direitos subjetivos¹²⁵, em cuja primeira delas (*desleal exercício de direitos*) se encaixaria a questão do Adimplemento Substancial do negócio jurídico materializado, porquanto *in casu*, haveria um uso desequilibrado do exercício de direitos pela própria desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto a outrem¹²⁶. Em outras palavras, “[...] na linha de regra da proporcionalidade, o desfazimento do contrato pode impor um sacrifício excessivo a uma das partes, comparativamente à opção de manutenção do contrato”¹²⁷, demonstrando-se, assim, a abusividade do direito à pretensão resolutória pelo credor, que poderá efetivar a satisfação do seu crédito por outras medidas alternativas e subsidiárias.

Indubitavelmente, ainda, a boa-fé promove o princípio da segurança jurídica, preservando a coerência e estabilizando as expectativas nos comportamentos sociais, “[...] evidenciando o elemento moral do contrato”¹²⁸.

Em respeito a referida, outrossim, finaliza-se:

[...] o princípio da boa-fé se espraia em três direções: (a) dirige-se ao devedor, a fim de que cumpra a sua obrigação sem se restringir à letra da relação jurídica, mas também ao seu espírito, especialmente ao sentido e à ideia fundamental do contrato – de forma a satisfazer o que o credor dele razoavelmente espera; (b) dirige-se ao credor, com a obrigação de exercitar o seu direito em correspondência à confiança depositada pela outra parte e à consideração altruísta que ela possa pretender; (c) dirige-se a todos os participantes da relação, a fim de que conduzam de forma a atender ao sentido

¹²⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 175 apud FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosenvald. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 200.

¹²⁵ Segundo os autores (*Ibidem.*, p. 201), as categorias seriam as seguintes: (a) a denominada *desleal exercício de direitos*, onde o titular de um direito exerce-o de forma contrária à legítima confiança depositada na contraparte; (b) a chamada *desleal não exercício de direitos*, que trata dos casos em que o titular não efetiva o seu direito, criando na contraparte uma confiança justificada na estabilidade da situação existente; e (c) a denominada *desleal constituição de direitos*, em que uma pessoa defrauda a confiança de outra, adquirindo contra ela um direito.

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosenvald. *op. cit.*, p. 201.

¹²⁷ *Ibidem.*, p. 202.

¹²⁸ *Ibidem.*, p. 177.

e à finalidade da relação, com uma consciência honrada¹²⁹.

Veja-se que, nesta situação específica, a finalidade da relação é a de que o contrato seja resolvido em sua obrigação principal, qual seja: de cumprimento das obrigações previamente pactuadas; em razão disso, quando o juiz fosse apreciar a existência de um inadimplemento e a gravidade deste, muito natural seria se, em determinados casos, considera-se o descumprimento minimamente gravoso e prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos previstos no contrato¹³⁰.

Deste modo, parece ser razoável que mereça guarita a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial pelos órgãos jurisdicionais do Estado, em respeito aos princípios em comento e outros por ventura incidentes sobre as relações fático-jurídicas mencionadas, destacando-se, nesse sentido, a necessidade de observância de preceitos tais como o da solidariedade (art. 3º, I, CF), da proporcionalidade e da razoabilidade, da justiça contratual, da equidade, e, ainda, da dignidade da pessoa humana, sendo o contrato, hoje, instrumento de afirmação deste último, em razão da constitucionalização do Direito Civil e da mitigação da autonomia privada.

Assegura-se, no entanto, o fato de que a utilização da Teoria do Adimplemento Substancial não pode inverter a lógica jurídica de extinção das obrigações. Em razão disso, o STJ já enunciou 03 (três) critérios peculiares a serem obedecidos para o seu aproveitamento: a) o pagamento faltante há de ser ínfimo, se considerando o total do negócio (o adimplemento há de ser considerável); b) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (incidência, aqui, do princípio da boa-fé objetiva); e c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (garante-se a satisfação do direito ao fiduciário)¹³¹.

A autora Patrícia Brasil defende a utilização da tese de forma assemelhada, embora trate mais especificamente dos casos inseridos na Lei de nº 9.514/97, que cuida da alienação fiduciária de imóveis. Mesmo isso, vejamos:

[...] a continuidade ou não da obrigação no tempo vai depender, na essência, de três requisitos. Primeiro: a oferta do valor devido e incontroverso; segundo:

¹²⁹ LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 148 apud FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosendal. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 181.

¹³⁰ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 117 apud FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosendal. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 601.

¹³¹ BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.581.505/SC, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Julgado em 18/08/2016, Publicado no Diário de Justiça em 01/02/2017.

da quantidade de parcelas faltantes tornar o cumprimento do contrato algo mais positivo e racional do que sua extinção; terceiro: haver concreta capacidade e real interesse do devedor em retomar, de forma imediata, o fluxo de pagamentos previsto no contrato, condição sem a qual não se justifica a promoção de uma ação judicial com tal pedido, confirmando, na ausência de tais requisitos, que a extinção do contrato por inadimplemento é medida que se impõe¹³².

Observa-se, portanto, que, além da exigência de um critério quantitativo acerca do montante já efetivado pela parte, existe um critério mais qualitativo, melhor dizendo, subjetivo, de análise do comportamento das partes, que nunca deve ser deixado para trás quando em julgamento de uma determinada causa, sobretudo porquanto cada caso é único¹³³. Outrossim, faz-se necessário o oferecimento de outros meios cabíveis para que o credor possa buscar, legitimamente, a satisfação do seu crédito, oportunizando-o, por exemplo, às ações de cobrança e executiva, sem prejuízo de perdas e danos¹³⁴.

Em vista disso, salienta-se que, malgrado haja o direito potestativo ou formativo extintivo conferido ao credor à resolução do contrato¹³⁵, em determinadas situações específicas, impor-se-ia a aplicação da medida neste estudo controvertida (Teoria do Adimplemento Substancial)¹³⁶.

Acerca da incidência ou não da construção doutrinária neste trabalhada, a principal discussão, por anos, era saber a partir de qual patamar de inadimplemento esta medida poderia ser empregada. Nesse sentido, discorre Tartuce:

Sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a grande dificuldade está em saber a partir de qual percentual de cumprimento pode a teoria ser aplicada. Para tanto, deve-se analisar o caso concreto, a partir da ideia de

¹³² CLAUDINO, Patrícia Brasil. **A execução da alienação fiduciária de imóvel: uma análise da execução administrativa e judicial**. 2016, p. 111.

¹³³ O professor e jurista Flávio Tartuce ressalta a importância de também considerarmos aspecto qualitativo desta aplicação, afastando-se a sua incidência em situações de moras sucessivas, purgadas reiteradamente pelo devedor, etc, evidenciando o abuso de direito praticado por esta parte (TARTUCE, Flávio. **CARTA FORENSE. Teoria do Adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência**. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/15191>>. Acesso em: 05 nov. 2018).

¹³⁴ Vincenzo Roppo sinaliza que (ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 961 apud BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 94): “todo e qualquer inadimplemento injustificado é causa de responsabilidade, mas não é qualquer inadimplemento que é causa de resolução”.

¹³⁵ *Ibidem.*, p. 93.

¹³⁶ “Assim, o direito potestativo à resolução do negócio não pode ser exercido em qualquer hipótese de inadimplemento. Se o inadimplemento for mínimo (ou seja, se o déficit de adimplemento for insignificante, a ponto de considerar-se substancialmente adimplida a prestação), o direito à resolução converte-se em outra situação jurídica ativa (direito à indenização, p. ex.), de modo a garantir a permanência do negócio jurídico” (DIDIER, Fredie Jr. **Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro**. Revista eletrônica de Direito Processual, n. 4, p. 58-61, jul/dez. 2009, p. 58. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21607/15634>>. Acesso em: 27 set. 2018).

função social da obrigação e do contrato¹³⁷.

No entanto, em recente decisão publicada em 16/03/2017, o STJ optou por afastar qualquer debate acerca da matéria, no sentido de desconsiderar qualquer atribuição de um percentual mínimo de cumprimento do contrato pela parte, resolvendo-se apartar absolutamente a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial aos contratos clausulados com alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

¹³⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: direito das coisas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 456 [PDF].

PARTE II

A reconstrução, neste momento, do contexto fático do processo que culminou na decisão controversa deste Tribunal visar-á: (i) demonstrar a relevância do caso regra para este estudo, (ii) expor as pretensões publicizadas pelo Banco Acionante e o desenho jurídico adotado no caso concreto, e, com isso, (iii) evidenciar as questões jurídicas relevantes as quais se aproveitaram os ministros da Quarta Turma desta Corte (STJ), quando em avaliação acerca da possibilidade de aplicar ou não a Teoria do Adimplemento Substancial ao contrato sub exame. O caso é, assim, fonte de reflexão teórica a partir da prática jurídica mencionada.

3 DO ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) ACERCA DO TEMA

Nesta segunda parte do trabalho, importa-se adentrar na narração e compreensão fática do caso paradigma mencionado.

3.1 DO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.622.555/MG

O STJ, há muito, considerava a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial aos casos em que se constata-se o inadimplemento mínimo da obrigação pelo devedor fiduciante. Nesse sentido, como bem ressalta o professor Flávio Tartuce, relacionando o instituto em comento com os princípios sociais obrigacionais da função social do contrato e da boa-fé objetiva:

[...] a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a *teoria do adimplemento substancial* para afastar a busca e apreensão da coisa na alienação fiduciária em garantia de bens móveis. Pela teoria do *adimplemento substancial (substantial performance)*, nos casos em que o negócio tiver sido quase todo cumprido, não caberá a sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, caso da cobrança dos valores devidos¹³⁸.

A fim de corroborar com este entendimento, destaca alguns julgados que foram objeto do emprego mencionado, sinalizados a seguir: RESp nº 272.739/MG (*leading case*), RESp 912.697/RO e RESp 469.577/SC.

Muito embora, no entanto, o quanto asseverado por este autor, o Superior Tribunal de

¹³⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: direito das coisas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 455. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/41911195/direito-civil--flavio-tartuce---vol-4-direito-das-coisas---ed-matodo---2014>>. Acesso em: 14 out. 2018.

Justiça decidiu, em março de 2017, nos autos do Recurso Especial de nº 1.622.555/MG (2015/0279732-8), que a tese do Adimplemento Substancial deveria ser afastada, de pleno direito, às contratações com cláusula de alienação fiduciária em garantia de bens móveis firmados, sobretudo, com instituições financeiras-bancárias.

3.1.1 Da retrospectiva fática

Inicialmente, no ano de 2014, foi proposta uma ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente a qual, até a última decisão proferida¹³⁹, era reiteradamente negada pelo juízo de piso da Comarca de Nanuque/MG, demais desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pelo min. Marco Buzzi, que consideraram a aplicação desta Teoria. Contudo, em 22/02/2017, mais precisamente, o STJ alterou completamente o seu entendimento, no sentido de repelir completamente a tese referida.

O caso modelo se desdobrou da seguinte maneira: em 17/10/2014, o Banco Volkswagen S/A adentrou com uma Ação de Busca e Apreensão de bem móvel atribuído em garantia contra o seu contratante e Acionado, o Sr. Gilvanil da Silva Monteiro, tombada sob o nº 0035686-60.2014.8.13.0443, consubstanciada no Decreto-Lei de nº 911/69 e na Cédula de Crédito Bancário de nº 21736183, firmada em 01/09/2010, que concedeu ao Réu um crédito no valor líquido de R\$ 14.739,17 (quatorze mil, setecentos e trinta e nove reais e dezessete centavos) para a compra de um veículo da marca Volkswagen, modelo Gol City 1.0, obrigando-se este ao seu pagamento parcelado em 48 (quarenta e oito) prestações mensais e consecutivas no valor nominal de R\$ 439,86 (quatrocentos e trinta e nove reais e oitenta e oito centavos) cada, ocorrendo o vencimento da primeira no dia 10/10/2010 e o da última em 10/09/2014.

A ação foi ajuizada em razão do Réu não ter adimplido com as 04 (quatro) últimas prestações do contrato, perfazendo-se um montante total inadimplido de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos), pelo que requereu o Autor – instituição bancária –, em conformidade com os arts. 3º, § 1º a 4º, do Decreto-Lei nº 911/69, que fosse ordenada, liminarmente, a busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente, condicionando a sua devolução ao pagamento integral da dívida pelo Réu no prazo de 05 (cinco) dias.

Em que pese o Acionado não ter sido sequer intimado para responder as alegações contra si formuladas, o juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Nanuque/MG proferiu sentença, extinguindo o feito sem exame de mérito, por carência de ação, uma vez que aplicável, ao caso,

¹³⁹ Pelo STJ.

a Teoria em comento, qual seja, do Adimplemento Substancial, importando-se, nesse sentido, transcrever o seguinte trecho deste julgado:

Consoante se depreende da própria narrativa da peça exordial, das quarenta e oito parcelas do financiamento, cada um no valor de R\$ 439,86 (quatrocentos e trinta e nove reais e oitenta e seis centavos), o réu efetuou o pagamento de forma tempestiva de quarenta e quatro parcelas, ou seja, está inadimplente com apenas quatro parcelas do total de quarenta e oito.

Em outras palavras, a obrigação do réu era efetuar o pagamento total de R\$ 21.113,28 (vinte e um mil cento e treze reais e vinte e oito centavos), sendo que o mesmo adimpliu com o valor de R\$ 19.353,84 (dezenove mil trezentos e cinquenta e três reais e oitenta e quatro centavos). Logo, percebe-se que o réu já cumpriu com 91,66% do contrato.

Diante da narrativa supra, percebo, de forma nítida, que o réu já adimpliu substancialmente sua obrigação contratual, devendo, portanto, ser aplicada a teoria do adimplemento substancial (e-STJ, FL. 34).

Segundo o Juízo de origem, a incidência do instituto, como um instrumento de equidade, explicar-se-ia levando-se em consideração os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da vedação ao enriquecimento sem causa, também sinalizando o fato de que não ficaria o Autor sem a sua tutela jurisdicional, podendo buscá-la por outras vias, interpondo-se, por exemplo, uma ação de cobrança ou de execução do saldo em aberto.

Inconformado, no entanto, com o referido *decisium*, o banco Acionante interpôs recurso de Apelação (nº 1.0443.14.003568-6/001), sinalizando possuir o direito de agir conforme consagrado em lei (Decreto-Lei nº 911/69), de sorte que estaria sendo injustamente impedido de exercê-lo, malgrado tenha asseverado o fato de que a Teoria somente poderia ser aplicada se o valor inadimplido fosse efetivamente irrisório, considerando o total da dívida contraída, segundo o bom entendimento do autor Cláudio Luiz Bueno de Godoy *in* Código Civil Comentado. 2ª. ed. Barueri/SP: Manole, 2008, p. 721, que, *in verbis*, ressalta-se:

[...] típica revelação do solidarismo na relação contratual, e mercê da qual se evita a resolução quando o contrato se tiver cumprido quase por inteiro, ou seja, quando as prestações se tiverem adimplido quase de maneira perfeita, como, por exemplo, nas hipóteses em que apenas a última parcela do prêmio tenha sido inadimplida (e-STJ, FL. 44).

Em consequente, quando em decisão monocrática proferida pela des. Cláudia Maia, da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), os termos da sentença prolatada foram confirmados por esta segunda instância, em defesa, portanto, do emprego da mencionada tese jurídica:

Dessa feita, considero atentatória à lealdade entre as partes o apensamento

daquele que se encontra minimamente inadimplente como se integralmente estivesse. Com efeito, o inadimplemento do contrato, em valor ínfimo, não pode se tornar evento mais rentável à instituição financeira do que o próprio cumprimento do negócio avençado (e-STJ, FL. 62).

Nesse sentido, foram colacionadas jurisprudências do próprio Tribunal (Apelações Cíveis nºs: 1.0352.04.017735-9/001, 1.512.07.044120-3/001 e 1.0521.05.043572-1/001), e, ainda, do STJ (Resp nºs: 1.051.270/RS, tratando especificamente sobre o contrato de *leasing*; 469.577/SC, também citado por Flávio Tartuce; e 272.739/MG, tratando especificamente do *leading case* brasileiro sobre alienação fiduciária), a fim de justificarem a observância do referido instrumento.

Uma vez irresignado com este novo julgado, o Autor interpôs Agravo Interno (nº 1.0443.14.03568-6/002), enfatizando os termos da norma esculpida no art. 422, do Código Civil, que trata especificamente da boa-fé objetiva, ou seja, de cláusula geral a ser necessariamente observada em toda relação jurídica, nesta, contratual.

Em suas alegações, infirmou o fato de que o Agravante estava a quase 01 (um) ano efetuando a cobrança da primeira parcela inadimplida, e de que esta parte não poderia ser compelida a buscar a satisfação do seu crédito por outros caminhos mais demorados, como seria o caso do ajuizamento de uma ação de cobrança.

Entretanto, não havendo juízo de retratação, foi proferido acórdão por esta Câmara, acompanhando os votos da Relatoria os desembargadores Estevão Lucchesi e Marco Aurélio Ferenzini, negando-se provimento ao recurso do Acionante, porquanto em suposto confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Apesar, no entanto, de todas essas decisões que lhe foram contrárias, interpôs o Acionante Recurso Especial, salientando o fato de que a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial era uma questão totalmente controvertida nos tribunais de justiça do país, sendo, por isso mesmo, uma faculdade do magistrado.

Embora, no entanto, alegando ser uma faculdade do Juízo, dispôs, em sua peça, que a última decisão prolatada e recorrida feriria o quanto disposto nos arts. 2º, § 2º, e 3º, do Decreto-Lei nº 911/69.

Cumpre asseverar, nesse sentido, o fato de que, ao mesmo tempo em que se busca afastar a aplicação do comedido instrumento jurídico, o Recorrente destaca, também, a sua relevância prática, pois chama a atenção de que a Teoria era empregada a muitos casos, inclusive pelo próprio STJ, com base nos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato, da vedação ao abuso de direito, do enriquecimento sem causa e da segurança jurídica.

Mesmo isso, contudo, a fim de afastar o referido instrumento da presente situação fático-jurídica, o Acionante preocupou-se em acostar, especificamente, 04 (quatro) jurisprudências, as quais, 02 (duas) delas, dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e do Rio Grande de Sul, acabaram, por fim, considerando a aplicação da tese referida.

No tocante a primeira delas, do TJRJ, ressalta-se:

O exercício dos direitos subjetivos e potestativos devem ser balizados pelos vetores da função social do contrato, de modo que se observe a boa-fé objetiva e a preservação do pacto, impedindo, assim, que nos casos de inadimplemento mínimo, o contrato seja resolvido em razão da existência de pequeno débito (e-STJ, FL. 99).

Além desses 02 (dois) julgados, o Recorrente menciona outros 02 (dois), que, supostamente, não corroborariam com a tese defendida pelos demais magistrados. Ocorre que, em ambos os casos, não se vislumbra a existência de um valor irrisório inadimplido, se comparado ao valor total dos contratos, porquanto: 1) no primeiro deles, de competência do Tribunal de Justiça de São Paulo, o valor do veículo, à época do ajuizamento da ação de busca e apreensão (convertida em depósito, conforme assegurado pelo art. 4º, do Decreto-Lei em referência) foi de R\$ 9.582,00 (nove mil, quinhentos e oitenta e dois reais), enquanto a importância ainda devida pelo contratante era de R\$ 5.151,85 (cinco mil, cento e cinquenta e um reais e oitenta e cinco centavos), e 2) na segunda decisão trazida pela parte, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o valor pago pelo contratante, de R\$ 13.345,64 (treze mil, trezentos e quarenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), estava muito aquém do *quantum* total das parcelas do contrato, qual seja, de R\$ 81.580,80 (oitenta e um mil, quinhentos e oitenta reais e oitenta centavos).

Em vista disso, o Recurso Especial referido, de numeração 1.0443.14.003568-6/003, restou inadmitido, sob o fundamento de que a matéria apresentada pelo Recorrente ensejaria a interpretação de cláusulas contratuais e o revolvimento de matéria fática e probatória, em aversão ao quanto disposto nas Súmulas de nº 5 e 7, do STJ. Além disso, não haveria a questão da similitude fática com outros julgados.

Mais uma vez contrariado, o Acionante interpôs recurso de Agravo em Recurso Especial ARESp nº 808.701/MG (2015/0279732-8), para que fosse o primeiro deles apreciado, alegando que a manutenção da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial e o indeferimento da petição inicial de busca e apreensão violariam os termos dos arts. 2º § 2º, e 3º, do Decreto-Lei nº 911/69, e 422, do CC.

Foi com este instrumento processual, no entanto, que as alegações autorais passaram a ser positivamente notadas pelo Tribunal mencionado (STJ).

Importante ressaltar que, neste momento, o Banco Wolksvagem admitira novos patronos, integrantes da sociedade de advogados Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados, sucessor do escritório Luís Roberto Barroso & Associados, que representa importantes associações (Febraban) e instituições financeiras, nestas bancárias.

Logo de início, o Recorrente sinalizou as razões que, supostamente, reformariam a decisão agravada, no sentido de que: 1) a tese recorrida seria “[...] eminentemente jurídica, e 2) os acórdãos paradigmas trazidos pela parte tratariam “[...] de hipótese fática e juridicamente igual à dos presentes autos, restando clara a similitude fática” entre os julgados (e-STJ, Fl. 138), estando esta parte amparada pelo quanto previsto no art. 105, c, da nossa Constituição Pátria, que diz:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

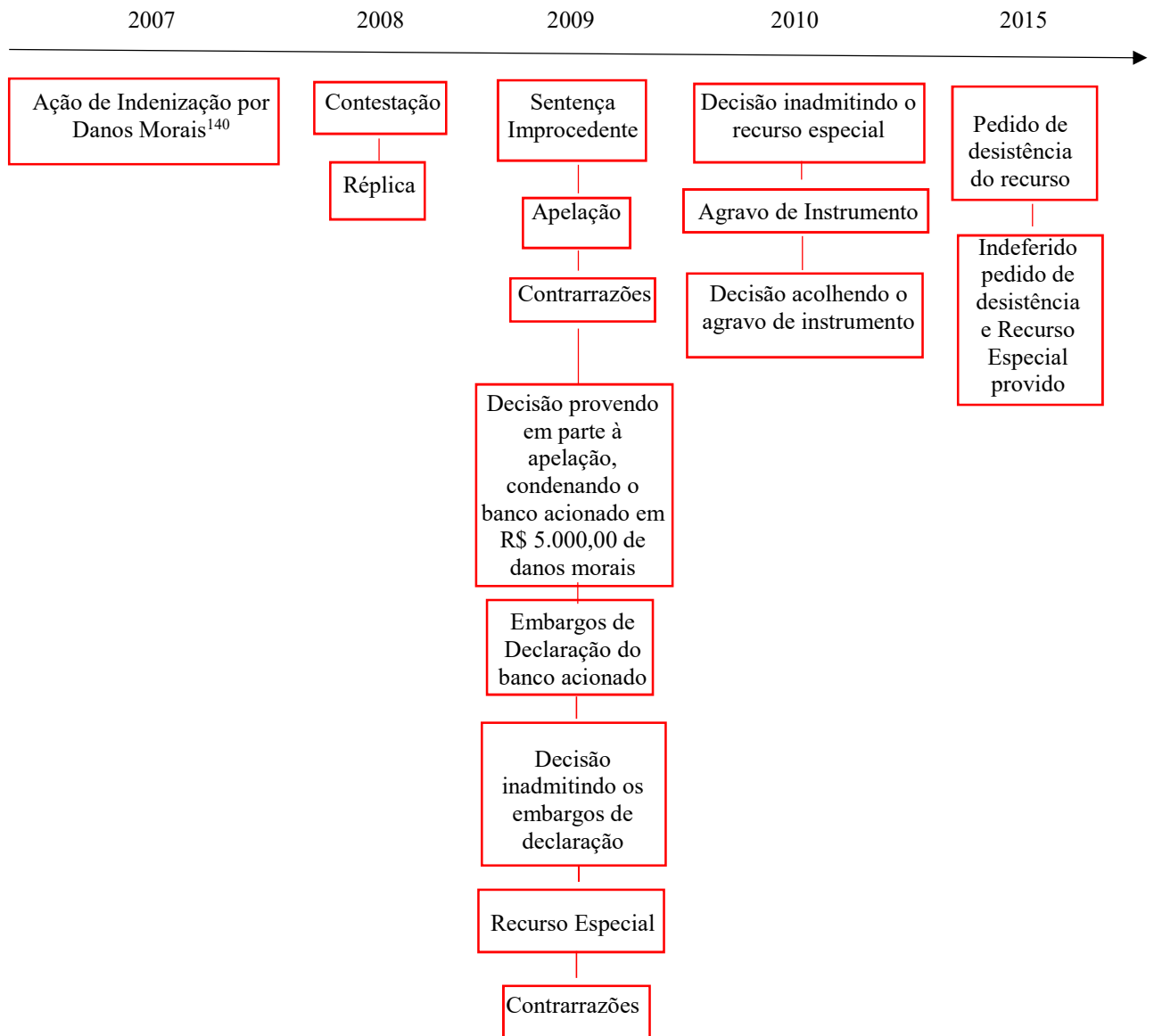
Além disso, salientou que o entendimento proferido pelos magistrados da 14ª Câmara Cível de Nanuque/MG “[...] contraria o decidido pelo pagamento da integralidade da dívida pelo devedor fiduciário para a restituição do bem” (e-STJ, Fl. 139), muito embora, no entanto, a tese sobressaltada perceba esta situação e, conseqüentemente, essa possibilidade, pois deve ser aplicada em momento anterior à apreensão liminar do bem móvel perquirido, e em casos específicos, onde haja o descumprimento ínfimo da obrigação assumida pelo contratante.

Quanto ao primeiro ponto destacado, o Agravante ressalta: “[...] o ora agravante não pretende, no seu recurso especial, reavaliar as cláusulas contratuais ou qualquer dos elementos dos autos para comprovar a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial” (e-STJ, Fl. 139/140). Nesse sentido, acredita-se perceber razão ao Agravante, pois, em verdade, mesmo considerando-se a hipótese fática de que o Agravado pagou 44 (quarenta e quatro) das 48 (quarenta e oito parcelas) do contrato, aquele insiste em afastar a comedida Teoria em razão da previsibilidade da lei que assegura o procedimento referido (Decreto-Lei nº 911/69 – ação de busca e apreensão).

Invocou-se, nesse sentido, o julgamento de um outro Recurso Especial interposto pelo Autor, em processo diverso e de numeração 1.255.179/RJ, em que, por maioria dos votos, ficou

definitivamente apartada a tese do Adimplemento Substancial do contrato:

Figura 1 - Linha do tempo pontuando os dos principais fatos contextuais do RESp. nº 1.255.179/RJ.



Este segundo Recurso Especial decorreu de uma Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais de nº 2007.001.213392-1, ajuizada pelo Sr. Francisco das Chagas Martins Bezerra contra este mesmo Banco Volkswagen, e distribuída à 30ª Vara Cível da Comarca de Rio de Janeiro/RJ, em razão daquele ter sido demandado em Ação de Busca e Apreensão diversa, pelo atraso da 13ª parcela de um contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária firmado, de um total de 24 (vinte e quatro).

O autor, à época, ressaltou o fato de que deixou de realizar o seu pagamento por

¹⁴⁰ Decorrente de uma ação de busca e apreensão antecedente.

circunstâncias alheias a sua vontade, tendo dificuldade, posteriormente, junto à instituição financeira, de quitá-la. Mesmo isso, no entanto, continuou desembolsando às demais prestações da avença, sendo, ao final, surpreendido pela demanda ajuizada contra si, em face do atraso de tão somente esta 13ª parcela. Em vista disso, teve o seu veículo apreendido liminarmente, sofrendo diversos prejuízos por conta da medida.

O pleito indenizatório, contudo, acabou sendo julgado improcedente pelo Juízo de primeiro piso, basicamente consubstanciado na ausência de prova, nos autos de ambas as demandas, capaz de evidenciar que tenha sido outro, e não exclusivamente ele, o causado do conflito e do problema.

Em resposta a isso, o autor interpôs apelação, que foi parcialmente provida pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, aplicando-se, nesse sentido, a Teoria em comento (do Adimplemento Substancial), condenando o réu ao pagamento do montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)¹⁴¹.

Diante do referido julgamento, e após terem sido opostos Embargos de Declaração pelo banco acionado, a parte interpôs Recurso Especial, que foi, inicialmente, inadmitido em razão da ausência de prequestionamento da matéria. No entanto, com o posterior provimento de Agravo de Instrumento protocolado, o Recurso Especial referido foi acolhido pela maioria dos integrantes da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁴².

Neste caso específico, este Tribunal entendeu por não existir uma quantidade mínima de parcelas que consubstanciasse a ação de busca e apreensão ajuizada (“5. o fato de ter sido ajuizada a ação de busca e apreensão pelo inadimplemento de apenas 1 (uma) das 24 (vinte e quatro) parcelas avençadas pelos contratantes não é capaz de, por si só, tornar ilícita a conduta do credor fiduciário”), de maneira que esta decisão possui grande importância no estudo do presente caso, pois será destaque nos votos proferidos pelos ministros da Quarta Turma do STJ, em julgamento de REsp nº 1.622.555/MG, objeto de análise, com o fito de justificar a decisão

¹⁴¹ BRASIL. TJRJ. Apelação Cível nº 2009.001.31408, Relator: Des. Sérgio Jerônimo Abreu da Silveira, 9ª Câmara Cível, Julgado em: 18/08/2009, Publicado no Diário de Justiça em: 25/08/2009. Apelação Cível. Indenização. Alegando que foi interposto pelo réu em outro Juízo Ação de Busca e Apreensão do veículo do autor. Teve seu automóvel apreendido indevidamente, uma vez que estava inadimplente em apenas uma única prestação, o que lhe causou prejuízos materiais e morais Sentença de improcedência. Recurso da parte autora pretendendo a reforma do julgado. Aplicação da Teoria do adimplemento substancial. Decisão do credor que fere o princípio da boa-fé objetiva. Desproporcionalidade da medida. Existência de outras formas admitidas na legislação em vigor para que se possa efetivar a satisfação do crédito. Dano moral configurado. Precedentes jurisprudências deste Tribunal de Justiça e do STJ. Recurso conhecido e parcialmente provido, fixando indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescido de correção monetária a partir deste julgamento e juros demora de 1% ao mês, desde a citação na forma do art. 405, do CC, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

¹⁴² Salienta-se o fato de que o banco recorrente solicitou a desistência do recurso interposto, que foi indeferido, prosseguindo-se o julgamento.

da maioria em afastar, de modo inequívoco, a Teoria do Adimplemento Substancial, muito embora a considerando, de certa maneira, mas asseverando o ajuizamento e o deferimento vinculativo da medida liminar em ação de busca e apreensão pelo Tribunal admitida:

6. Segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

7. A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual - esta, sim, potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação.

Outrossim, quanto ao segundo ponto destacado em Agravo, o Recorrente alega a ocorrência de suposto dissenso jurisprudencial do acórdão recorrido para com os demais julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “[...] o atraso no pagamento das parcelas gera o direito à busca e apreensão do bem, não importando o momento em que ocorreu o inadimplemento” (e-STJ, Fl. 141).

Para tanto, ressalta-se o cabimento do recurso em decorrência da similitude fática e jurídica com os acórdãos paradigmas trazidos nos autos do Recurso Especial interposto pela parte, então proferidos pelos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e de Santa Catarina, que, como visto, descartaram a aplicação da Teoria por razões adversas, ou seja, por não terem constatado a presença de um valor irrisório inadimplido quando comparado ao montante global dos contratos.

No primeiro deles, o valor total do veículo alienado, à época do ajuizamento da ação de busca e apreensão convertida, depois, em depósito, era de R\$ 9.582,00 (nove mil, quinhentos e oitenta e dois reais), e a importância ainda devida pelo contratante era de R\$ 5.151,85 (cinco mil, cento e cinquenta e um reais e oitenta e cinco centavos). Assim, o devedor fiduciante ainda devia cerca de 46,23 % (quarenta e seis vírgula vinte e três por cento) do contrato.

Já quanto ao segundo, o valor pago pelo contratante foi de R\$ 13.345,64 (treze mil, trezentos e quarenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), estando muito aquém do valor total das parcelas do instrumento jurídico firmado, que foi de R\$ 81.580,80 (oitenta e um mil, quinhentos e oitenta reais e oitenta centavos). Ou seja, o devedor fiduciante somente havia quitado cerca de 16,36 % (dezesesseis vírgula trinta e seis por cento) do contrato.

Mesmo isso, no entanto, acredita-se perceber uma certa razão ao Agravante, pois o caso concreto possui evidente semelhança fático-jurídica com os acórdãos paradigmas mencionados. Em verdade, todos trazem uma mesma situação: a existência do descumprimento de uma parte da obrigação pactuada, decorrente da celebração de um contrato com cláusula de alienação fiduciária, sendo, por conseguinte, ajuizada uma ação de busca e apreensão em decorrência deste inadimplemento, com pedido liminar e em desfavor do seu responsável. Contudo, como visto, nos 02 (dois) últimos casos, a Teoria do Adimplemento Substancial somente não foi aplicada por não ter se vislumbrado um descumprimento ínfimo realizado pela parte Acionada.

Por fim, o Recorrente sinaliza ofensa aos arts. 422 e 1425, III, ambos do CC, e aos arts. 2º, § 3º, e, principalmente, 3º, do Decreto-Lei de nº 911/69, que dispõe acerca do procedimento de busca e apreensão de bem alienado, uma vez constatada a situação de mora da contraparte. Assim:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida: [...]

III - se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata; [...].

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

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

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

Em referência ao último dispositivo mencionado, o Agravante afirma que não se faz qualquer “[...] menção ao número de parcelas em atraso que autorize ou não a busca e apreensão do bem”, o que é verdade. A *substantial performance*, no entanto, como uma construção doutrinária, aplica-se levando em consideração cada situação específica, deixando a cargo do juiz decidir a respeito da existência, ou não, de um valor irrisório inadimplido. Trata-se da realização de um controle *in concreto* de cada caso.

O recurso de Agravo foi distribuído em 04/11/2015, à Quarta Turma do STJ, de relatoria do ministro Marco Buzzi. Quando em 14/12/2015, entretanto, foi proferida decisão monocrática por este, negando-se provimento ao referido, novamente em defesa da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, com vistas a “[...] impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em rol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato” (Decisão Monocrática, FL. 01 – e-STJ, Fl. 157).

O relator destaca a impossibilidade de o banco Acionado deflagrar a demanda aludida que estaria exclusivamente voltada à ruptura do vínculo jurídico contratual firmado entre os litigantes. Segundo ele, o interesse fundamental no ajuizamento da ação não é o bem alienado em si, mas a “[...] satisfação do suposto crédito de titularidade da instituição financeira, o que pode ser alcançado por outras vias, sem a necessidade da quebra do liame contratual, com a retirada forçada do automóvel adquirido pelo financiado” (Decisão Monocrática, FL. 02 – e-STJ, Fl. 158).

O ministro ainda ressalta a incidência do Código Consumerista à relação em espeque¹⁴³, ao tratar novamente sobre a boa-fé objetiva, bem como a necessidade de preservação dos contratos, de forma a permitir que ambas as partes envolvidas acabem “[...] alcançando as finalidades almejadas quando da celebração da avença” (Decisão Monocrática, FL. 02 – e-STJ, Fl. 158). Outrossim, volta-se a registrar, também, a incidência do princípio da função social dos instrumentos jurídicos¹⁴⁴, para que sejam eles devidamente cumpridos, de modo a “[...] permitir a segura circulação de riquezas, com o desenvolvimento econômico/social do país” (Decisão Monocrática, FL. 02 – e-STJ, Fl. 158).

O direito do credor, nesse sentido, de buscar à satisfação do seu crédito não é, aqui, contrariado, mas, no caso de optar pela via da ação de busca e apreensão de bem alienado, deve ser este benefício mitigado a não se fazer incidir sobre determinados casos (ou seja, quando houver um adimplemento substancial da avença pelo devedor fiduciante), cumprindo ao julgador averiguar se é razoável a resolução do vínculo contratual celebrado, sobretudo

¹⁴³ Segundo o quanto disposto no art. 3º, do CDC, constitui relação de consumo a de natureza bancária, superada, portanto, a ADIn nº 25/01, proposta pelos bancos. Além disso, foi editada Súmula de nº 297, do STJ, unificando o entendimento nesse sentido.

¹⁴⁴ Ao longo de todo o *decisium*, o desembargador invoca e sobreleva esses 02 (dois) princípios: (i) boa-fé objetiva e (ii) função social do contrato, sobretudo ancorando-se em Enunciado de nº 361, da IV Jornada de Direito Civil do CJF, que assevera: “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”. Veja-se que não somente a doutrina destaca a importância e a irradiação prática das 02 (duas) cláusulas gerais em nosso ordenamento jurídico, mas também a própria jurisprudência, em referência à esta honrada Relatoria.

considerando-se que a instituição bancária já percebera parte considerável do negócio jurídico.

Traz, nesse sentido, importante lição do professor Joel Dias Figueira Junior, *in verbis* ressaltada:

Porém, se o caso concreto agasalhar a hipótese conhecida por adimplemento substancial da dívida (v.g. pendendo apenas a última ou últimas e poucas parcelas), carece o credor fiduciário de interesse para postular a busca e apreensão do bem alienado, podendo lançar mão da ação de cobrança ou execução do saldo devedor. Em outras palavras, 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, o que é incomum. Ademais, 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. (Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pg. 85/86) (Decisão Monocrática, FL. 02/03 – e-STJ, Fl. 158-159).

Menciona, ainda, outras 03 (três) jurisprudências desta Corte, que abrigam a utilização do referido instrumento controverso dos autos: (i) RESp 912.697/RO, que permite a cobrança de pequeno valor ainda devido nos autos da própria ação de busca e apreensão fiduciária, (ii) RESp 469.577/SC, que nega a existência de violação de lei, mas, tão apenas, a limitação desta, em face do indeferimento do pedido liminar de busca e apreensão da coisa garantida, a qual, muitas vezes, é essencial à atividade do devedor/fiduciante¹⁴⁵, (iii) RESp 272.739/MG), que destaca a ausência de perda do interesse do banco Acionante na continuidade da execução, que não é o caso¹⁴⁶.

Por fim, destaca a desproporcionalidade da medida (busca e apreensão) diante do substancial adimplemento nesta situação constatado. Segundo o relator: “[...] não se está a afirmar que a dívida ainda não quitada desaparece, mas apenas que o meio de realização do crédito pelo qual optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento [...]” (Decisão Monocrática, FL. 04 – e-STJ, Fl. 160). De fato.

Em face deste último *decisium*, interpôs o Acionante a sua última peça recursal nesta

¹⁴⁵ Sendo pessoa física, por exemplo, temos o caso do taxista/motorista particular, quando garante, ao contrato, o próprio veículo automotor objeto do trabalho. Em caso de recuperação judicial de sociedade/pessoa jurídica, ainda, muito embora o crédito garantido por alienação fiduciária não se submeta aos seus efeitos, o bem móvel garantido, sendo essencial à atividade empresarial da devedora, permanece em seu poder até que seja resolvida à lide (Exemplos de julgados nesse sentido: TJRS. Agravo de Instrumento 70076065416, Décima Terceira Câmara Cível, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 26/02/2018, Publicado no Diário de Justiça em 27/02/2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/550586941/agravo-de-instrumento-ai-70076065416-rs?ref=serp>>. Acesso em: 07 nov. 2018, e TJRS. Agravo de Instrumento 70065381063, Décima Terceira Câmara Cível, Relator: Elisabete Correa Hoeveler, Julgado em 24/07/2015, Publicado no Diário de Justiça em 28/07/2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/213621220/agravo-de-instrumento-ai-70065381063-rs?ref=serp>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

¹⁴⁶ Quando o credor busca efetivamente executar e resolver o quanto contratado.

demanda registrada (Agravo Regimental), sinalizando haver, nos autos, violação à legislação federal no acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, destacando, ainda, ser o cerne da questão “[...] a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial a contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária de bem móvel” (e-STJ, Fl. 165), em consonância com o quanto disposto no art. 3º, do Decreto-Lei em referência (nº 911/69), que não faz menção a qualquer número de parcelas em atraso que autorize ou afaste a ação de busca e apreensão ajuizada. Nesse sentido, “[...] o quase cumprimento da totalidade da obrigação é diferente de cumprir a totalidade do compromisso assumido” (e-STJ, Fl. 165).

Por este ângulo, firma-se, novamente, em julgamento de REsp nº 1.255.179/RJ, proferido pela Terceira Turma do STJ, decorrente de uma Ação Indenizatória ajuizada pelo devedor desta causa, que, ao final, foi julgada improcedente, com o fito de demonstrar o entendimento de que não haveria qualquer restrição quanto a utilização da medida judicial buscada, destacando-se importante trecho deste julgado, que corrobora, em verdade, com a alegação de que a extensão da mora do indivíduo/pessoa jurídica, seria irrelevante ao caso¹⁴⁷:

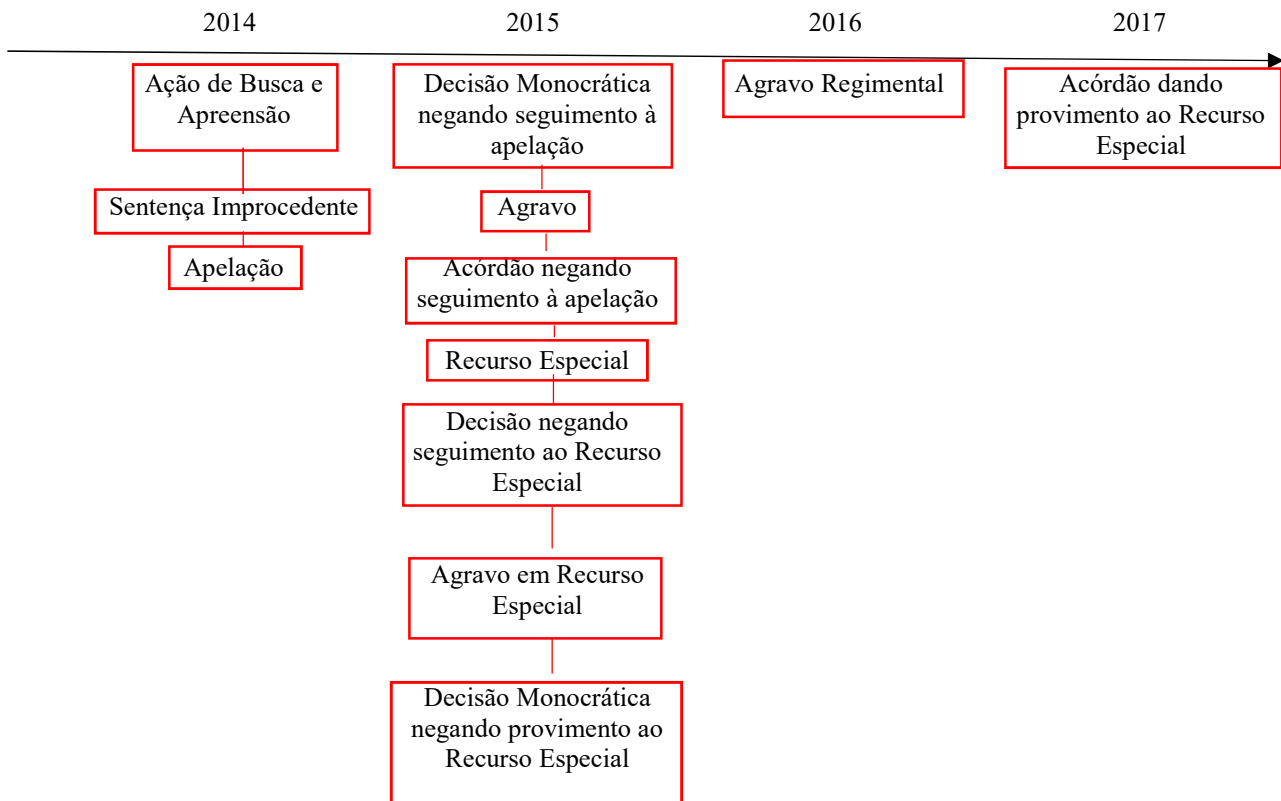
[...]

Sobreleva anotar também que o Decreto-Lei no 911/1969 não faz nenhuma restrição à utilização da medida em virtude da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento contratual, sendo perfeitamente possível ao credor pretender a busca e a apreensão do veículo objeto do contrato quando comprovada a mora ou o inadimplemento, seja da totalidade ou de apenas uma fração da dívida, como no caso (e-STJ, Fl. 166).

Do exposto, somente em 22/02/2017, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça resolveu por dar provimento ao Recurso Especial referido, para “[...] reconhecer a existência de interesse de agir do demandante em promover ação de busca e apreensão, independentemente da extensão da mora ou da proporção o inadimplemento” (Decisão colegiada, FL. 2 – e-STJ, Fl. 184).

A reconstrução de toda essa história possibilita sistematizar e registrar um conhecimento prático, e, ainda, enriquecê-lo com reflexões jurídicas posteriores a serem logo mais realizadas, com o exame dos votos proferidos pelos ministros desta Corte.

¹⁴⁷ O acórdão acabou sublinhando outras questões que amparam o Acionante, a dizer: o meio judicial utilizado pela credora (ação de busca e apreensão), além de ser o legalmente autorizado, revelou-se adequado e eficaz; não haveria de se falar em desproporção da medida, abuso de direito e má-fé da parte (a qual não pode ser presumida); bem como agira o banco Acionante no exercício regular de um direito seu. O julgado, no entanto, também enfatiza a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, cumprindo, de logo, ressaltar que o caso tratou do julgamento de uma ação diversa (de indenização) desta presente trabalhada (ação de busca e apreensão). Neste seguimento, questiona-se: o fato de negar a pretensão reparatória necessariamente afastaria a aplicação da comedida tese da *substantial performance*?

Figura 2 - Linha do tempo pontuando os dos principais fatos contextuais do caso.**Quadro 1** – Sinopse dos principais fatos contextuais do caso.

Descrição	Data	Fato(s)
Ação distribuída	17/10/2014	<p>Requerendo-se:</p> <p>a) liminarmente, a busca e apreensão do veículo – e dos seus documentos – alienado fiduciariamente;</p> <p>b) caso o bem não seja localizado ou não esteja na posse do devedor, seja o mesmo intimado a restituí-lo ou depositá-lo em mãos do Autor, ou, ainda, informar a sua extada localização, sob pena de multa diária;</p> <p>c) a citação do Requerido e, uma vez executada a liminar e decorrido o prazo de 05 (cinco) dias, sem que haja o pagamento integral da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo Requerente, seja consolidada a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem ao seu patrimônio;</p> <p>d) ao final, seja a ação julgada procedente, decorrido o prazo de 15 (quinze) para o Réu se manifestar, da execução da liminar (na realidade, seria da juntada, aos autos, do mandado de citação devidamente cumprido);</p> <p>Demais pedidos de praxe (concessão ao Oficial de Justiça das</p>

		suas prerrogativas, intimações e comunicações processuais em nome de determinados patronos e produção de provas).
Sentença de improcedência	24/10/2014	Julgando extinto o processo sem resolução de mérito, com supedâneo no art. 267, VI, do CPC ¹⁴⁸ , por ser o Autor carecedor de ação, por falta de interesse-adequação, aplicando-se a Teoria do Adimplemento Substancial.
Recurso de Apelação interposto	14/11/2014	Requerendo-se a apreciação do pedido liminar pelo Juízo, e, assim, do processamento da busca e apreensão referida.
Decisão Monocrática negando seguimento à apelação	29/01/2015	Favorável à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial e com arrimo no art. 577, do CPC ¹⁴⁹ .
Agravo interposto contra decisão monocrática	13/02/2015	Determinando o processamento da apelação referida, com fundamento na ausência de boa-fé contratual do Acionado.
Acórdão confirmando decisão monocrática proferida e negando seguimento ao agravo	11/06/2015	Em razão da iterativa jurisprudência nos tribunais pátrios, sobretudo no STJ, assim destacado em decisão monocrática proferida.
Recurso Especial interposto	02/07/2015	Pleiteando a modificação da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com fundamento na negação de vigência dos arts. 3º e 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, bem como do art. 422, do CC/02.
Decisão negando seguimento ao Recurso Especial	11/09/2015	Em razão de óbice nos enunciados das Súmulas nºs. 5 ¹⁵⁰ e 7 ¹⁵¹ , do STJ.
Agravo em Recurso Especial interposto	30/09/2016	Sustentando-se as seguintes razões para a reforma da decisão agravada: I – A tese é eminentemente jurídica e parte dos delineamentos fáticos assumidos pelo acórdão recorrido; II – Acórdão paradigma trata de hipótese fática e juridicamente igual à dos presentes autos, restando clara a similitude fática entre os casos confrontados. Cabimento, portanto, do Recurso Especial pela alínea “c”, III, do art. 105, da Constituição Federal/88 ¹⁵² .

¹⁴⁸ Atual art. 485, VI, que dispõe: “O juiz não resolverá o mérito quando: [...] verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; (...)”

¹⁴⁹ Atual art. 932, III, que dispõe: “Incumbe ao relator (...) III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; [...]”.

¹⁵⁰ BRASIL. Súmula nº 5, STJ. A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

¹⁵¹ BRASIL. Súmula nº 7, STJ. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

¹⁵² Que assevera: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça [...] julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito

Decisão Monocrática negando provimento ao Recurso Especial	14/12/2015	Proferida pelo min. Marco Buzzi, em perfeita fundamentação e sintonia com o ordenamento jurídico pátrio.
Agravo Regimental interposto	02/02/2016	Requerendo-se a reconsideração da decisão prolatada, para afastar a aplicação das Súmulas de n.ºs. 5 e 7, do STJ, e, por eventualidade, fosse o pedido submetido à julgamento colegiado ¹⁵³ . Menção ao REsp de n.º 1.255.179/RJ.
Julgamento Min. Rel. Marco Buzzi	12/04/2016	O Min. Rel. Marco Buzzi não conheceu do agravo regimental.
Julgamento Min. Maria Isabel Gallotti	21/06/2016	A Min. Maria Isabel Gallotti deu provimento ao agravo interno, para conhecer e dar também provimento ao Recurso Especial, divergindo do relator.
Julgamento Min. Rel. Marco Buzzi e Min. Maria Isabel Gallotti	28/06/2016	O Min. Rel. Marco Buzzi manteve o seu voto de não conhecer do agravo regimental. A Min. Maria Isabel Gallotti ratificou o seu voto, dando provimento ao agravo interno e, assim, ao Recurso Especial do Acionante.
Conhecido o agravo regimental e convertido em Recurso Especial	18/08/2016	A Quarta Turma, por maioria, conheceu do agravo regimental, sendo vencidos o relator e o Min. Luis Felipe Salomão. Por unanimidade, decidiu-se pela conversão do agravo regimental em Recurso Especial. Por maioria, a Turma afetou o julgamento do feito à Segunda Seção, sendo vencidos os Min. Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti.
Acórdão dando provimento ao Recurso Especial		Voto do Min. Rel. Marco Buzzi dando parcial provimento ao Recurso Especial. Voto divergente do Min. Marco Aurélio Bellizze dando provimento ao Recurso Especial. A Seção, por maioria, deu provimento ao Recurso Especial, para reconhecer a existência de interesse de agir do Demandante em promover ação de busca e apreensão,

Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...] der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

¹⁵³ BRASIL. Art. 258, Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/581/3407>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

	22/02/2017	<p>independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento do Demandado, determinando o retorno dos autos à origem e o prosseguimento do feito tal como proposto (ação de busca e apreensão).</p> <p>Obs.: Votaram com o Min. Marco Aurélio Bellizze os Min. Antonio Carlos Ferreira, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva. Vencidos os Min. Rel. Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.</p>
--	------------	--

3.2. DOS VOTOS PROFERIDOS PELA QUARTA TURMA DO STJ

A partir deste momento, cumpre-se embrenhar acerca dos votos expressos por cada um dos integrantes da Quarta Turma desta Corte (STJ).

3.2.1 Do voto do ministro relator Marco Buzzi (vencido)

O referido manteve o seu entendimento, emitido em decisão monocrática que negou provimento ao Recurso Especial do banco Acionante/Recorrente¹⁵⁴, possibilitando, no entanto, a emenda da petição inicial pelo Autor “[...] a fim de que o pedido seja adequado à satisfação do valor inadimplido de modo menos gravoso ao devedor” (Voto do min. relator Marco Buzzi, FL. 05). Ou seja, em vista a garantir uma maior efetividade e economia processual à parte, não precisaria esta adentrar com uma nova demanda para ter o seu crédito satisfeito, mas a buscá-lo nos próprios autos desta ação já distribuída.

O parecer favorável à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial à situação referida, visa, segundo o magistrado, “[...] impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato¹⁵⁵” (Voto do min. relator Marco Buzzi, FL. 06).

Como visto, os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato prevalecem no caso sub exame, a fim de se assegurar uma ideal de solidariedade que deve haver entre os

¹⁵⁴ No dia 14/12/2015.

¹⁵⁵ O relator menciona também outros 02 (dois) preceitos a serem observados: o da vedação ao abuso de direito (art. 187, CC), e o do enriquecimento sem causa (art. 884, CC), que estão intimamente ligados à limitação dos direitos subjetivos realizada pela boa-fé objetiva, como forma de evitar o desequilíbrio contratual da relação, e assim, a atribuição de vantagem exagerada a uma das partes, em detrimento de forte prejuízo à outra.

partícipes da relação firmada, de modo em que cada um coopere e ajude o outro no cumprimento da sua obrigação, e para além deles, exteriorizando os efeitos desta relação de maneira a fazer com que o contrato se resolva perfeitamente, satisfazendo ambas as partes e à toda a sociedade.

O ministro, outrossim, sinaliza que a deflagração da ação de busca e apreensão voltava-se exclusivamente à ruptura do vínculo negocial, mesmo diante de um significativo cumprimento da obrigação pela parte Acionada, não sendo este o interesse fundamental no ajuizamento desta medida, a qual seria: a satisfação do crédito remanescente devido, de titularidade da instituição bancária, que poderia ser alcançado por outros meios permitidos em lei, “sem a necessidade da quebra do liame contratual, com a retirada forçada do automóvel adquirido pelo financiado” (Voto do min. relator Marco Buzzi, FL. 06).

Em verdade, acaso fosse ajuizada uma ação executiva e/ou de cobrança pelo credor fiduciário, que se dirigiria tão somente a reclamar o pagamento da(s) prestação(ões) atrasada(s) pelo devedor fiduciante, o contrato seguiria em seus integrais termos, com as obrigações restantes da avença. Do contrário, entretanto, ocorre com o ajuizamento de uma ação de busca e apreensão, pois, ainda que se pleiteie o bem garantido no negócio jurídico, resolve-se, ao final, antecipadamente o contrato, com o vencimento de todas as parcelas acordadas.

Em seguimento, o relator novamente resguarda uma atenção especial à questão principiológica que rege o mundo dos negócios jurídicos, sobretudo contratuais¹⁵⁶, no sentido de que, independentemente do quanto previsto em lei, as normas jurídicas mencionadas, ao contrário das regras, irradiam-se por todo o nosso ordenamento jurídico, devendo necessariamente serem observadas.

A incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) à relação em voga, ainda, é sobressaltada pelo ilustre magistrado.

Como é sabido, aplicar-se o Código Consumerista às contratações firmadas com instituições bancárias¹⁵⁷, sobretudo conforme o entendimento já consolidado pelo STJ, em Súmula de nº 297. Nesse sentido, obriga-se o Estado a intervir mais acentuadamente nessas relações, a fim de resguardar a proteção da parte mais vulnerável do vínculo obrigacional, para que o cumprimento do contrato lhe seja o menos oneroso possível, empregando-se, para isso, na solução das contendas, “[...] os ditames estabelecidos pelos princípios da conservação do

¹⁵⁶ E, nestes, insere-se o contrato de mútuo bancário.

¹⁵⁷ Nesse sentido, Figueira (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33-34): “O contrato de alienação fiduciária rege-se, via de regra, pelas normas insculpidas no Código Civil (art. 1.361/1.368-A) e Dec.-lei 911/1969, sem prejuízo da incidência concomitante do Código de Defesa do Consumidor, se e quando originário em relação de consumo”.

contrato, do menor sacrifício, da interpretação contra o predisponente, da vedação ao enriquecimento sem causa e abuso de direito” (Voto do min. relator Marco Buzzi, FL. 08).

A boa-fé objetiva, outrossim, prevista tanto no CC quanto no CDC, é também destacada no campo do direito processual (art. 805, do CPC), quando dispõe acerca do princípio da menor onerosidade. Nesse sentido:

[...] além do conjunto de disposições que gravitam em torno da ideia fundamental de proteção ao executado contra excessos, inspirado nos princípios da justiça e da equidade, os quais constituem linhas fundamentais da história da execução civil em sua contemporânea tendência de humanização, atraindo, inclusive, as noções de proporcionalidade e razoabilidade (Voto do min. relator Marco Buzzi, FL. 08).

Segundo o ministro, não haveria de se falar, aqui, em uma suposta violação da isonomia contratual, “[...] pois a igualdade deve ser vista não no plano das liberdades formais, mas sim no campo das liberdades materiais, consistindo em tratar desigualmente os desiguais na medida de suas disparidades” (Voto do min. relator Marco Buzzi, FL. 08), mantendo-se, com isso, a preservação da avença e o equilíbrio das forças entre os interessados. Há, com isso, de se realizar uma análise da proporcionalidade da medida imposta pelo credor/fiduciário, com anuência do juiz.

O filósofo alemão Robert Alexy subdivide a proporcionalidade em 03 (três) subelementos, a saber: (i) adequação, (ii) necessidade, e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser observados quando da aplicação deste regramento¹⁵⁸. A adequação verifica-se quando uma posição pode ser melhorada sem prejuízo de outra; a necessidade exige que, entre 02 (dois) meios igualmente adequados, seja escolhido aquele menos prejudicial, e a proporcionalidade em sentido estrito preocupa-se, genuinamente, com o juízo de ponderação.

Diante disso, ressalta a possibilidade de o crédito ser perseguido por outras vias que “[...] não impliquem no rompimento da avença e no modo mais gravoso ao devedor”, não se afigurando, dessa forma, razoável e “[...] adequado decretar a resolução do contrato, de maneira mecânica e autômata, sobretudo se isso conduzir à iniquidade ou contrariar os ideais de Justiça” (Voto do min. relator Marco Buzzi, FL. 08/09). No presente caso, ficou constatado o inadimplemento irrisório do Acionado, tendo este cumprido com 91,66 % do contrato, razão pela qual se aplicaria, perfeitamente, a Teoria em comento.

¹⁵⁸ Para Alexy, a proporcionalidade não se enquadra na categoria de princípios, tratando-se de uma regra a ser seguida (MORTE, Luciana Tudisco Oliveira. JUS. **Estrutura da ponderação e da proporcionalidade em Robert Alexy**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50583/estrutura-da-ponderacao-e-da-proporcionalidade-em-robert-alexey>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

Além das decisões novamente acostadas a este julgado, o relator menciona outras 03 (três), que tratam da aplicação da construção doutrinária a contratos similares¹⁵⁹. Do último acórdão referido, enaltece a fundamentação do voto preferido pelo min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Este ressalva a importância do princípio da boa-fé objetiva, inicialmente aplicado com fundamento no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antigo LICC)¹⁶⁰, que dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e, depois, nos arts. 113 (função interpretativa), no tocante a regra de interpretação dos negócios jurídicos “[...] conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”; 187 (função de controle dos limites do exercício de um direito)¹⁶¹, que trata do abuso do direito, no sentido de que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; e 422 (função de integração do negócio jurídico), porquanto: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, do CC/02, associado à uma ideia de eticidade que deve haver entre partes em toda e qualquer relação jurídica, conforme trazido por Miguel Reale e já destacado neste trabalho.

Destaca, outrossim, a repercussão da boa-fé objetiva em todas as fases de um determinado vínculo jurídico.

Neste seguimento, destaca-se o fato de que, cabe ao julgador, da análise de cada caso concreto, pesar “[...] a gravidade do descumprimento e o grau de satisfação dos interesses do credor” (Voto do min. relator Marco Buzzi, FL. 13).

Nesse sentido, de acordo com as condições elencadas pelo juiz de direito do Estado do Paraná, Dr. José Ricardo Alvarez Vianna¹⁶², estaria a situação retratada sob forte influência da aplicação desta Teoria, porquanto: a) houve o cumprimento expressivo do contrato (o devedor/fiduciante adimplira com cerca de 91,66 % da obrigação pactuada); b) a prestação atendeu a finalidade imposta no instrumento jurídico (o devedor/fiduciante quitara o financiamento inicial realizado junto a instituição bancária; as 04 (quatro) últimas prestações,

¹⁵⁹ Quais sejam: contratos de *leasing* e de compra e venda com reserva de domínio.

¹⁶⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

¹⁶¹ Para o ministro, este é o principal fundamento para aplicação da Teoria em espeque.

¹⁶² Segundo o jurista, para a configuração do adimplemento substancial, são necessários os seguintes pressupostos: a) cumprimento expressivo do contrato; b) prestação realizada que atenda à finalidade do negócio jurídico; c) boa-fé objetiva na execução do contrato; d) preservação do equilíbrio contratual; e) ausência de enriquecimento sem causa e de abuso de direito, de parte a parte.

nesse sentido, somente representavam encargos) c) a boa-fé objetiva é presumida *in casu*, sobretudo considerando-se a vulnerabilidade desta parte; d) preserva-se o equilíbrio contratual, na medida em que se mantém os termos contratados e as obrigações de cada um dos polos da relação jurídica, forçando-se a resolução natural e apropriada da avença; e) afasta-se o abuso de direito e o enriquecimento ilícito de quaisquer das partes, pois evita a apropriação da coisa garantida pelo credor/fiduciário mesmo na situação em que o devedor/fiduciante tenha adimplido substancialmente com o seu dever no contrato, de maneira que aquele deixa de se apossar indevidamente do bem e de todas as demais parcelas já saldadas, com os seus devidos acréscimos legais.

Nesta mesma linha de pensamento, o ministro destaca o preenchimento, também, dos requisitos quantitativos e qualitativos enumerados no RESp de nº 76.363/MT, quando em julgamento de determinada causa. Nesse sentido, de maneira não muito diversa, além da necessidade de haver uma ponderação acerca do valor efetivamente devido pelo devedor/fiduciante, comparando-o ao montante global do contrato, importa-se analisar, também, o comportamento de cada uma das partes da relação jurídica (em referência, pois, ao regramento da boa-fé objetiva).

Vislumbra-se, portanto, que o adimplemento substancial de 44 (quarenta e quatro) parcelas do contrato, ou seja, cerca de 91,66 % do instrumento jurídico, é apto a conferir o emprego da mencionada Teoria, de maneira que a mora, segundo o relator, não contrasta com os ditames normativos do Decreto-Lei nº 911/69 e o entendimento firmado desta Corte, que condicionou a purgação da mora ao pagamento da integralidade da dívida pelo devedor (RESp nº 1.418.593/MS¹⁶³), no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de consolidação da posse e da propriedade do bem com o credor, tratando-se, pois, de uma situação excepcionalíssima. Há, por todo o exposto, somente uma mitigação do direito da parte contratada, a fim de melhor atender ao sistema jurídico e aos ideais de proporcionalidade e justiça impostos. Observa-se, nesse sentido, toda uma base principiológica que rege às relações jurídicas, inclusive quando constatamos a existência de uma parte consumidora vulnerável na situação esposada.

Afasta-se, outrossim, o precedente firmado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de RESp de nº 1.255.179/RJ, salientado pelo banco Acionante, uma vez que, tratando-se da interposição de uma Ação Indneizatória, “[...] apenas fora analisado se havia ou não dano moral pelo ajuizamento de ação de busca e apreensão, não sendo”, em

¹⁶³ BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.418.593/MS, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Turma, Julgado em 14/05/2014, Publicado no Diário de Justiça em 27/05/2014.

verdade, “[...] verificados os requisitos para o deferimento da liminar de reintegração do bem na posse do credor com a eventual e conseqüente rescisão do contrato como é o presente caso” (Voto do min. relator Marco Buzzi, FL. 15). Os objetos das demandas são distintos, e a procedência da liminar de busca e apreensão não foi cerne da controvérsia.

Assevera ainda o fato de que, conforme constatado pelo próprio precedente da Turma, quando em análise do recurso interposto pelo banco acionado/recorrente, a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial merecerá inequívoca consideração e guarita, no entanto, quando ajuizada ação de rescisão contratual, que não se confundiria com a ação de busca e apreensão realizada.

Do exposto, segundo o relator, o acolhimento da tese contrariada far-se-á observando-se os critérios de razoabilidade, proporcionalidade e senso comum acerca do quanto significativamente adimplido (ou inadimplido) pela parte, de maneira que cabe a cada julgador observar necessariamente isso, ou seja, a viabilidade da aplicação referida, cujo cumprimento não denotaria “[...] fraqueza dos institutos jurídicos, dos órgãos julgadores ou eventual instabilidade de uniformização jurisprudencial, tampouco o encarecimento do crédito nos contratos de alienação fiduciária” (Voto do min. relator Marco Buzzi, FL. 17), mas de buscar resolver às demandas de forma mais equânime e justa possível, a depender (e sempre) das particularidades de cada caso.

Por fim, o ministro relator do presente julgado ressalta o fato de que a dívida não deixa de existir; o devedor continua responsável e obrigado ao seu pagamento¹⁶⁴, no entanto, deve ser compelido a realizá-lo por outros meios menos gravosos, respeitando-se, nesse sentido, a ordem de penhora estabelecida no art. 835, do CPC (antigo 655), se este evidentemente adimpliu com parte considerável do contrato, apto a fazer incidir a comedida Teoria. A apreensão do bem garantido em decorrência de alienação fiduciária, portanto, seria medida subsidiária, por vezes, até última, a ser realizada, acaso ínfima a mora do devedor/fiduciante e analisado o comportamento da parte.

Do exposto, a relatoria da Quarta Turma do STJ, decidindo pela aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, negou provimento ao recurso, não extinguindo, no entanto, o feito sem resolução de mérito, mas determinando a emenda da petição inicial deste credor/fiduciário, para que a demanda tivesse o seu regular andamento através da adoção de outra via menos gravosa ao Acionado/Recorrido.

¹⁶⁴ Do *quantum*, no entanto, efetivamente devido, não tratando-se do caso de antecipação de vencimento das demais parcelas do contrato.

3.2.2 Do voto do ministro Marco Aurélio Bellizze (vencedor)

Em oposição ao quanto asseverado pelo min. Marco Buzzi, o ministro Marco Aurélio Bellizze anunciou voto contrário, apartando a aplicação da famigerada Teoria do Adimplemento Substancial, uma vez que a lei de regência do fato (Decreto-Lei 911/69) expressamente autorizaria o credor e o Juízo de origem a promoverem a busca e apreensão do bem alienado liminarmente e independentemente da extensão da mora do indivíduo. A especialidade da norma, portanto, e o quanto disposto nela, e tão somente nela, bastaria à resolução do feito, aplicando-se o regramento civilista de maneira subsidiária no caso de “o regramento especial apresentar alguma lacuna e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela mencionada lei” (Voto do min. Marco Aurélio Bellizze, FL. 02).

Nesse sentido:

[...] desde que devidamente comprovada a mora ou o inadimplemento, ao credor fiduciário é dada a possibilidade de se valer da medida judicial de busca e apreensão para compelir o devedor fiduciante a cumprir a sua obrigação ajustada, sendo, para esse fim, irrelevante qualquer consideração acerca da medida do inadimplemento (Voto do min. Marco Aurélio Bellizze, FL. 04).

Apoia-se a assertiva do banco Acionante/Recorrente de que o Decreto-Lei nº 911/69 não oferece qualquer restrição à utilização da medida judicial em apreço em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, pelo que, independentemente do quanto já se tenha pago, a restituição do bem ao devedor fiduciante é apenas condicionada à quitação da “[...] integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial” (Voto do min. Marco Aurélio Bellizze, FL. 05).

A lei realmente é clara nesse sentido, e o magistrado firma os seus argumentos baseados nisso, ou seja, na existência de uma previsibilidade do processamento da medida (ação de busca e apreensão), não havendo dispositivo na mesma que discorra, necessariamente, sobre a dimensão do cumprimento da obrigação, e, se este relevante, digno de um tratamento diferenciado.

No entanto, vimos que o que se propõe com a imposição da mencionada medida, *a priori* aplicável à contratação por alienação fiduciária em garantia, mas, ainda, à outras similares (tais como a contratação por *leasing*) é sobpesar as consequências jurídicas que possam advir no julgamento de cada caso, uma vez que, em determinadas situações jurídicas, quando se está,

por exemplo, diante de um inadimplemento ínfimo do contrato, encontrando-se este tão próximo do seu integral cumprimento, seria, por demais, desconsiderar esta informação relevante e desrazoavelmente apreender a coisa garantida para a satisfação da dívida, ao invés de buscar o adimplemento de tão somente as parcelas em atraso.

A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, nesse sentido, visa oferecer soluções mais justas e proporcionais, em consonância, assim, com princípios e valores gerais realçados pelo nosso ordenamento, mitigando-se, de certo modo, o quanto disciplinado no Decreto-Lei de nº 911/69, mantido pela Lei de nº 13.043/2014.

O ministro, outrossim, ressaltou o julgamento de RESp nº 1.418.593/MS, sob o rito dos repetitivos, em que se discutiu o sentido da expressão “purgar a mora” e a possibilidade do devedor fiduciante de realizá-la, no prazo de 05 (cinco) dias, para que lhe fosse restituído o bem móvel garantido e apreendido liminarmente.

O presente caso, no entanto, dirige-se, antes mesmo disso, a impedir o credor de ajuizar este tipo de demanda (busca e apreensão); ou seja, não é o caso de se garantir e de condicionar a purgação da mora pelo indivíduo, mas, antes disso, de não poder sê-lo demandado nesta espécie¹⁶⁵, caso tenha cumprido parte considerável do contrato. Nitidamente, busca-se resolver o impasse de uma maneira menos gravosa à parte.

Ocorre que, como vimos, este ministro não entendeu e julgou dessa forma, voltando-se, em contraposição, à aplicação exclusiva e irrestrita do Decreto-Lei em referência (nº 911/69), à questão em voga, elegendo a ação de busca apreensão como a via judicial mais idônea à satisfação do crédito perquirido pelo credor/fiduciário, denotando, outrossim, que não se pretende, com a medida impugnada, extinguir a relação contratual em comento, ao contrário do quanto esposado pelo relator desta Turma.

Ora, é bem verdade o fato de que a ação de busca e apreensão possui o propósito direto de dar cumprimento aos termos do contrato, tal como qualquer outra providência a ser tomada nesse sentido, compelindo o devedor fiduciante a realizar a quitação das obrigações faltantes. No entanto, essa também acolhe uma pretensão resolutiva do referido¹⁶⁶, talvez não

¹⁶⁵ O direito do credor, no entanto, resiste, adotando-se outras medidas, tais como a ação de execução e/ou de cobrança, perquirindo a pagamento do débito normalmente vencido pelo devedor/fiduciante.

¹⁶⁶ Na modalidade *resolução por inexecução voluntária*, a qual está relacionada com a impossibilidade da prestação por culpa ou dolo do devedor (TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 250). Outrossim, segundo dispõe Joel Dias Figueira Jr. (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 55): “(...) considera-se rescindido o contrato de alienação fiduciária, ipso iure, com todos os seus consectários, quais sejam: a) vencimento antecipado de todas as parcelas, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial (art. 2.º, § 3.º, Dec.-lei 911/1969); b) retomada coercitiva do bem, através de ação de busca e apreensão (art. 3.º, Dec.-lei 911/1969) (...)”.

diretamente, mas na medida em que antecipa o vencimento de todas as demais parcelas deste acordo, e, que, independentemente da existência ou não do pagamento total requerido, resolver-se-á a relação em comento, pois: (i) o bem apreendido definitivamente em favor do credor satisfará completamente o inadimplemento da parte e todo o contrato, resolvendo-se de pleno direito¹⁶⁷, ou (ii) a realização do pagamento integral das parcelas restantes do instrumento, no prazo de 05 (cinco) dias, extinguirá, de igual maneira, a relação em comento pelo cumprimento integral das obrigações do contrato, nada mais havendo que se pleitear nesse sentido.

Não há de se falar, portanto, em “[...] eventual extinção do contrato, decorrente do ajuizamento da ação de busca e apreensão” (Voto do min. Marco Aurélio Bellizze, FL. 08), mas da certeza disso. De maneira diversa se daria, por exemplo, com o ajuizamento de uma ação de cobrança e/ou executiva, reivindicando-se apenas a(s) parcela(s) atrasada(s), prosseguindo-se o quanto contratado com as demais prestações não vencidas e antecipadas.

O ministro ainda ressalta:

Nesse contexto, é questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas — mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação —, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária (Voto do min. Marco Aurélio Bellizze, FL. 09).

Primeiramente, importa-se sempre examinar a postura das partes, inclusive do contratante inadimplente, quando diante de cada situação concreta. A questão de ter havido boa-fé ou não por parte de cada um dos polos da relação jurídica, no entanto, vai depender, efetivamente, da análise do caso, ainda que percebendo o devedor fiduciante dos termos do contrato e das possíveis consequências lógico-jurídicas advindas com o seu inadimplemento, oportunizando-se, assim, a defesa e a manifestação desta parte.

Seria, por demais desmedido, afastar a incidência deste princípio aos casos em que houvesse quase que integralmente o cumprimento do contrato, de certo que não haveria como suspeitar que, faltando apenas as 04 (quatro) últimas prestações do instrumento, o fiduciante não as satisfaça por mera faculdade, imprudência e desleixo.

Apesar disso, no entanto, cumpre concordar com este ministro acerca da eficácia e

¹⁶⁷ O bem dado em garantia fiduciária deverá ser vendido, independentemente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, aplicando-se o preço da venda no pagamento do crédito e das despesas decorrentes, com entrega ao devedor do saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas (art. 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728/65).

idoneidade do procedimento previsto no Decreto-Lei nº 911/69. A medida é bastante ágil e específica (trazendo-se, nesse sentido, uma maior segurança à parte credora), e a liminar deferida pelo juízo possui efeito vinculante, ou seja, uma vez preenchidos os requisitos necessários à demanda (existência de contratação com alienação fiduciária, da mora do devedor e da constituição desta), cabe ao órgão julgador tão somente acatar a busca e apreensão da coisa alienada independentemente do seu ponto de vista.

Portanto, requerer a satisfação do crédito mediante a adoção de outras medidas, pelo fiduciário, acaba resultando em uma demanda mais demorada, devendo este atender a toda uma ordem de preferência de penhora dos bens da outra parte, de forma que a coisa garantida fiduciariamente não se mostra prioritária. No entanto, pode ser que, com isso, se garanta uma maior proporcionalidade e justiça no julgamento da avença, funcionando a Teoria do Adimplemento Substancial, portanto, como um verdadeiro instrumento de equidade.

Contudo, ignorando a pouca monta devida e a possibilidade de adoção de outras vias à realização da cobrança da dívida – mantendo-se, dessa forma, os termos inicialmente pactuados –, o ministro Marco Aurélio recusou a aplicação da construção doutrinária, enfatizando o quanto disposto em REsp nº 1.255.179/RJ, trazido pelo banco Volkswagen, e neste estudo já destacado, rebelando-se contra toda e qualquer hipótese de mitigação da lei de regência para os contratos que estipulam a alienação fiduciária de bens móveis infungíveis firmados com instituições financeiras e, principalmente, bancárias.

No entanto, vale dizer, novamente, que a adoção da Teoria do Adimplemento Substancial não necessariamente extinguiria ou obstaría à realização da medida judicial de busca e apreensão salientada, mas relativizá-la-ia em determinadas circunstâncias, com o fito de gerar decisões menos radicais e onerosas, embora, contudo, isso fosse interferir, de certa maneira, na força e eficácia da medida, inclusive considerando-se tratar de uma construção doutrinária-jurisprudencial sem qualquer normatização direta e específica.

De acordo com o professor e doutor Mauricio Mota, eis a consagração do princípio da proteção do devedor no direito brasileiro (*favor debitoris*)¹⁶⁸, que tem a sua origem no direito romano e se traduz “[...] em uma *ratio* ou dispositivos que têm o efeito de excluir a condição de devedor ou minorá-la de modo relevante” e, ainda, em “mecanismos assegurados pelo ordenamento processual para a proteção ao devedor ou normas de conduta obrigatória pelo exequente.

¹⁶⁸ MOTA, Mauricio. EMPÓRIO DO DIREITO. **O princípio da proteção do devedor no direito brasileiro**. 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-principio-da-protacao-do-devedor-no-direito-brasileiro-por-mauricio-mota>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

Mesmo isso, de uma forma ou de outra, aplicando-se ou não a tese do adimplemento substancial, o devedor não se escusará de cumprir com a sua obrigação no contrato, seja de forma integral ou por meio do pagamento das parcelas vencidas nas datas aprazadas, e, para todos os efeitos, com a incidência de todos os consectários legais que o ordenamento jurídico e o Sistema Financeiro preveem.

O ministro, por fim, sinaliza que:

[...], não se pode deixar de reconhecer que a aplicação da tese do adimplemento substancial na hipótese em comento, a pretexto de proteger o consumidor, parte vulnerável da relação contratual, acaba, em última análise e na realidade dos fatos, a prejudicar o consumidor adimplente, que, doravante, terá que assumir o ônus pelo inarredável enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária, naturalmente com o pagamento de juros mais elevados. A própria indefinição do que seria adimplemento substancial, em termos percentuais, de inequívoca subjetividade, enseja, diante da elevação do risco de inadimplemento, sensível majoração dos juros cobrados em contratos dessa espécie (Voto do min. Marco Aurélio Bellizze, FL. 11).

Eis que temos aqui um outro problema: o encarecimento dos custos da contratação para outros particulares em razão de um maior risco que a questão traz à instituição financeira-bancária.

Primeiramente, é necessário observar se este discurso não se trata, seguramente, de uma falácia, para justificar a adoção, pelos bancos, de encargos mais elevados somente por conta da aplicação desta Teoria, inclusive de maneira a punir a todos que contratam, devendo tal conduta ser coibida.

No entanto, este argumento parece fazer algum sentido. É bem verdade que a aplicação relativamente discricionária¹⁶⁹ da Teoria do Adimplemento Substancial, pelo órgão jurisdicional, acarreta um enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária, uma vez que não se atribui um grau de certeza quanto ao julgamento das causas que envolvam este tipo de contratação específica. Não há uma definição exata dos termos percentuais para que se considere (ou não) substancialmente adimplida uma determinada obrigação, sobre como deve necessariamente agir o devedor fiduciante para que se considere (ou não) a sua boa-fé objetiva, tampouco se oferece uma garantia também significativa ao credor fiduciário caso este recorra à outras medidas.

¹⁶⁹ Relativamente porquanto observam-se determinados requisitos. O STJ, em RESp nº 1.581.505/SC, já sinalizou os seguintes: a) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; b) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (incidência, aqui, do princípio da boa-fé objetiva); e c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários

Aparenta, assim, o fato de que a ausência de uma maior objetividade no exame desta tese, e de uma regulamentação adequada deste instituto, impossibilita, de certa maneira, que este tenha efetiva validade e estima no mundo jurídico. Desta forma, destaca o ministro:

De se concluir, por conseguinte, que 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 (Voto do min. Marco Aurélio Bellizze, FL. 12).

No entanto, mesmo diante de uma hipótese de aplicação deturpada desta Teoria, é, por demais excessivo, afastar completamente a referida.

3.2.3 Do voto do ministro Antônio Carlos Ferreira

Este terceiro ministro seguiu o voto vencedor do min. Marco Aurélio Bellizze, no sentido de afastar a observância da mencionada Teoria ao caso em voga, reportando-se, para isso, ao julgamento do REsp de nº 1.581.505/SC, o qual expôs o seu voto, discorrendo largamente sobre o quanto referido.

De início, faz um apanhado histórico sobre a Teoria do Adimplemento Substancial, de forma bastante esclarecedora, trazendo, ao julgado, importantes personalidades jurídicas que asseguram a sua aplicação prática¹⁷⁰ e a importância de se efetuar uma análise mais específica de cada caso¹⁷¹, bem como outras decisões proferidas por este mesmo Tribunal, as quais aplicou-se a mencionada medida, somente divergindo umas das outras quanto ao critério objetivo/quantitativo pregado no exame de cada situação¹⁷².

Nesse sentido, nas palavras do ilustre doutrinador Eduardo Luiz Bussata, citado pelo próprio ministro:

¹⁷⁰ Nesse sentido, os professores Otavio Luiz Rodrigues Junior (RODRIGUES JR. Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72), citando a obra de Edward Errante, ao referir-se a um exemplo hipotético quanto a um contrato de empreitada, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, e o desembargador Ruy Rosado de Aguiar, relator do primeiro acórdão do STJ que registra a abordagem sobre o tema (REsp nº 76.362/MT, julgado por esta Quarta Turma em 11/12/1995 (Publicado no Diário de Justiça em 01/04/1996).

¹⁷¹ Nesse sentido, o inglês Arthur Corbin (CORBIN, Arthur L. **Conditions in the law of contract**. The Yale Law Journal, v. 28, n. 8, p. 761, jun. 1919), e os brasileiros Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. v. XXVI, p. 208) e Eduardo Bussata (BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 106).

¹⁷² REsp. 76.362/MT (ref. ao atraso da última parcela), REsp. 912.697/GO (ref. ao inadimplemento de 02 parcelas), REsp. 469.577/SC (ref. ao inadimplemento de 20 % do valor total do bem), AgRg no AgRESp 155.885/MS (ref. ao inadimplemento de 10 % do valor total do bem), REsp. 1.051.270/RS (ref. ao inadimplemento de 05 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido).

A indagação quanto à extensão, à intensidade e às demais características do inadimplemento é que conduz à sua adjetivação como sendo ou não de 'escassa importância'.

É o que se buscará neste momento. Contudo, antes disso, é necessário fazer uma advertência: a verificação da importância ou não importância do inadimplemento há de ser feita diante do caso concreto, ou seja, diante da situação de fato ocorrida, ponderando os interesses em jogo, a conduta das partes e de todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes¹⁷³ (Voto do min. Antônio Carlos Ferreira, FL. 03).

Para este, no entanto, recursar-se-á a Teoria do Adimplemento Substancial, em razão do descumprimento do contrato ter sido superior a um patamar de 8 % (oito por cento) do total pactuado. Esta percentagem seria o limite para considerar a incidência da tese referida, de maneira que, considerando-se que a inadimplência deste Acionado/Recorrido ultrapassou a margem específica de 0,44 % (zero vírgula quarenta e quatro por cento) deste montante – embora tendo cumprido com 91,66 % (noventa e um vírgula sessenta e seis por cento) do ajuste –, não abrigaria a aplicação desta medida.

Veja-se o quanto desarrazoado é esta estipulação, uma vez que, por míseros 0,44 % (zero vírgula quarenta e quatro por cento), a parte não foi contemplada com o emprego deste instrumento de equidade, submetendo-se ao meio mais gravoso em execução (ação de busca e apreensão).

O ministro ressalta, ademais, os requisitos estipulados no RESp de nº 76.362/MT e a questão do encarecimento dos custos da contratação, “[...] socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos” (Voto do min. Antônio Carlos Ferreira, FL. 05) – acaso os encargos sejam necessariamente majorados em razão da aplicação exclusiva e atípica desta Teoria –, e o fato de que a demanda não objetivava resolver a relação contratual havida entre as partes – no entanto, sabemos que este é um reflexo indireto da medida de busca e apreensão ajuizada.

Utiliza-se, nesse sentido, do quanto asseverado pelo min. Villas Boas Cuêva, em julgamento de RESp nº 1.255.179/RJ¹⁷⁴, e pelo min. Luis Felipe Salomão, em julgamento de

¹⁷³ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 106.

¹⁷⁴ "O crédito remanescente, assim, ainda que considerado de menor importância quando comparado à parcela já adimplida da obrigação contratual, pode ser perseguido pelo credor a partir da utilização dos meios admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se encontram, por exemplo, **a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que, por razões óbvias, não pode ser confundida com ação de rescisão contratual - essa, sim, potencialmente indevida em virtude do substancial adimplemento da obrigação.** (...) Nesse particular, impõe-se rememorar que, diante da própria natureza do contrato de financiamento de automóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia, a medida de busca e apreensão do veículo em virtude da mora

RESp repetitivo de nº 1.418.593/MS, que exigiu o pagamento da "integralidade da dívida" para a purgação da mora do indivíduo, no entanto, depois de já realizada a captura do bem pelo oficial de justiça¹⁷⁵. Como visto, o cerne do presente trabalho ocorre antes mesmo disso, no sentido de examinar a viabilidade do processamento da medida (ação de busca e apreensão) nos casos já mencionados: quando se vislumbra um inadimplemento mínimo da obrigação pelo devedor/fiduciante, quando comparado ao valor global do contrato.

Finalmente, destaca-se a importância da realização de financiamentos com cláusula de alienação fiduciária no mercado, não somente para a compra de novos automóveis, mas, também, "[...] para a aquisição de imóveis e de maquinário, além de outros equipamentos, tanto na atividade agrícola quanto na industrial" (Voto do min. Antônio Carlos Ferreira, FL. 06), como forma de facilitação do crédito e acesso aos bens de consumo e serviços disponibilizados, que fomentam a nossa economia, é verdade.

A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, no entanto, não necessariamente enfraquece esse tipo de contratação, uma vez que somente seria aplicável a casos específicos e, mesmo isso, observados critérios quantitativos e qualitativos que poderiam ter sido melhor regulamentados.

3.2.4 Do voto da ministra Nancy Andrichi

Da mesma forma como votou o min. Antônio Carlos Ferreira, a ministra Nancy Andrichi também combateu o emprego da tese referida, sob o pretexto de ter havido violação: (i) à especialidade da lei que rege a alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei nº 911/1969), que prevê, de forma expressa, o uso da ação de busca e apreensão pelo credor fiduciário, "não fazendo qualquer ressalva restritiva com fundamento na extensão da mora ou na proporção do inadimplemento" (Voto da min. Nancy Andrichi, FL. 04), de modo que a aplicação do CC/02, em seus arts. 1.361 a 1.368-A, se faz de maneira subsidiária, e (ii) ao direito de acesso ao Poder

ou inadimplemento do devedor não tem por finalidade a extinção do contrato. Traduz-se, em verdade, em meio posto à disposição do credor fiduciário para possibilitar a satisfação do seu crédito independentemente do ato voluntário do devedor".

¹⁷⁵ "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: 'Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária'. 2. Recurso especial provido".

Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, porquanto impedido o Autor/Recorrente de dar seguimento à sua demanda, expressamente prevista em lei especial (Decreto-Lei nº 911/69).

Malgrado isso, no entanto, e até de maneira contraditória, a ministra primou pela manutenção do contrato avençado quando o inadimplemento da contraparte se mostrar ínfimo, “[...] motivo pelo qual seria prudente exigir que o credor buscasse o pagamento do que lhe é devido da forma menos onerosa ao devedor” (Voto da min. Nancy Andrichi, FL. 05), como, inclusive, previsto na legislação processual civil para a hipótese de execução (art. 805, *caput* e parágrafo único, do CPC), mas que isso não poderia impedir o processamento da presente demanda, ressaltando-se o emprego desta Teoria a depender das peculiaridades de cada caso. Nesse sentido:

Sobreleva-se anotar que aqui não se descarta da preocupação de que a boa-fé objetiva deve nortear as relações negociais firmadas entre partes, primando pela manutenção do contrato quando a parcela do inadimplemento mostrar-se ínfima, motivo pelo qual seria prudente exigir que o credor buscasse o pagamento do que lhe é devido da forma menos onerosa ao devedor, como, inclusive, previsto na legislação processual civil para a hipótese de execução (art. 620 do CPC/73; e art. 805, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015) (Voto da min. Nancy Andrichi, FL. 05)

Diante disso, temos um posicionamento um tanto contraditório.

3.2.5 Do voto da ministra Maria Isabel Gallotti

Por último, a ministra Maria Isabel Gallotti acompanhou o voto divergente e vencedor do min. Marco Aurélio Bellizze, reafirmando todos os seus termos.

3.3 DA CONCLUSÃO ACERCA DOS VOTOS PROFERIDOS NESTE JULGAMENTO

Da análise dos posicionamentos destacados, infere-se a predominância de um tratamento mais legalista ao caso paradigma tratado, em razão da existência de um regramento próprio sobre a matéria.

Este entendimento possui relevante fundamento, porquanto observa e atende a vontade do legislador e o anseio das instituições bancárias, no sentido de conferir um maior grau de certeza e segurança na realização deste tipo específico (alienação fiduciária em garantia).

A lei ainda garante uma resposta mais célere à situação de inadimplemento da parte, de maneira que isso favorece a livre circulação de bens e serviços no mercado, em razão da confiança depositada nesta contratação particular, que incentiva à formalização de novos

instrumentos nesse sentido, beneficiando-se ambas as partes: (i) o fiduciante, no sentido de possuir acesso ao bem/serviço/crédito disponibilizado no mercado; e (ii) o fiduciário, em razão de todo lucro decorrente dos encargos cobrados em razão do referido.

Ocorre, no entanto, que em determinados casos, a solução atribuída pela lei de regência (Decreto-Lei nº 911/69) é, por demais, desproporcional e violenta, sobretudo quando constatado: o descumprimento ínfimo da obrigação pela parte contratante, o bom comportamento desta, e o fato de ser bem alienado indispensável à sua subsistência. Nesse sentido, imputar-lhe uma medida mais gravosa – perda da posse e propriedade definitiva da coisa em favor do credor/fiduciário – não se mostraria ser a solução mais adequada e razoável à conjuntura sinalizada.

A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, portanto, explicar-se-ia em função de buscar trazer uma resolução mais equânime à lide¹⁷⁶, ressaltando-se, desta forma, a importância e a necessidade de observância de princípios e valores que regem o nosso ordenamento jurídico, tais como os da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

O direito não cuida da aplicação crua da lei, mas da aplicação dos ditames legais na busca por um mínimo ideal de justiça.

A desconsideração, portanto, das peculiaridades de cada caso, tal como realizada no julgamento trabalhado¹⁷⁷, uma vez que há, por assim dizer, mero tratamento isonômico formal de todas as situações fático-jurídicas levadas ao Judiciário, não merece prosperar, pois cada evento é único e carecedor de uma análise e atenção particulares.

Além disso, acredita-se ter ocorrido um certo julgamento extralegal do episódio narrado, porquanto não se vislumbra, da investigação do caso, a ocorrência de uma situação ou de um determinado fato mais extraordinário.

O processo, em si, é bastante simples e trivial; os argumentos tão somente esposados pela parte Acionante/Recorrente são usualmente utilizados nas bastantes peças padronizadas e formalizadas por esta e outras instituições bancárias, com o auxílio dos seus representantes legais.

Destarte, considerando-se as mais abalizadas decisões já proferidas por este Tribunal, e, sobretudo, pela Quarta Turma desta Corte, que convergem em sentido oposto, ou seja, em favor da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, vislumbra-se que o posicionamento

¹⁷⁶ A depender, como visto, da situação esposada.

¹⁷⁷ RESp. nº 1.622.555/MG.

majoritário foi alterado sem nenhuma razão mais expressiva, tão apenas considerando-se a existência de um regramento específico, datado, no entanto, desde 1969.

O resultado deste julgamento nos leva a temer a realização de novas apreciações por esta Corte, alterando determinado posicionamento jurídico já consolidado sem a ocorrência de qualquer acontecimento mais inusitado.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve, como objeto, a realização de uma análise acerca: 1) dos contratos com alienação fiduciária em garantia, das suas características e importância no mercado e em nossa ordem jurídica; 2) da possibilidade ou não de aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial sobre o quanto referido; e 3) da recente decisão proferida e julgada nesse sentido, pelo Superior Tribunal de Justiça, que unificou o seu entendimento no sentido de afastar terminantemente o emprego da construção doutrinária em comento a este tipo de contratação específica.

Na primeira parte deste estudo, foi efetuado um exame sobre o instituto da alienação fiduciária em garantia, destacando-se a existência de um regramento próprio quando a celebração da avença é realizada com instituições bancárias: Decreto-Lei nº 911/69.

No tocante a este diploma legislativo, vigente desde a época da ditadura militar, avultou-se o fato de que, em caso de inadimplemento da obrigação pela parte, ficaria a credor/fiduciário autorizado a valer-se do ajuizamento de ação de busca e apreensão da coisa alienada, com o deferimento liminar e vinculativo desta medida, condicionando o devedor/fiduciante ao pagamento remanescente e integral de toda a dívida, segundo os valores apresentados em exordial, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de consolidar-se a posse e a propriedade plena e definitiva do bem ao patrimônio da outra parte.

Em vista disso, enfatizou-se a fundamentação teórica e a relevância prática da Teoria do Adimplemento Substancial às contratações sub exame, com destaque à uma análise principiológica do instituto em comento¹⁷⁸, de forma a impedir o uso desproporcional e arbitrário da medida (ação de busca e apreensão) pelo credor/fiduciário, quando constatado o descumprimento ínfimo da obrigação pela parte contratante, sustentando-se, nesse sentido, diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, sobretudo do próprio STJ, até meados do ano de 2017.

A segunda parte deste trabalho cuidou de conduzir uma investigação acerca do inteiro teor dos autos de nº 0035686-60.2014.8.13.0443, tramitado na 1ª Vara Cível da Comarca de Nanuque/MG, até que fosse realizado o julgamento final de Recurso Especial interposto pelo banco Acionante/Recorrente de nº 1.622.555/MG, cerne da controvérsia, com a extração de algumas conclusões nesse sentido.

¹⁷⁸ Efetuou-se uma avaliação mais pontual acerca dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e, em menor escala, da vedação do abuso de direito e do enriquecimento sem causa, da segurança jurídica e da conservação do contrato.

O estudo do presente caso, desde a sua origem, possibilitou efetuar uma análise acerca dos principais argumentos trazidos à baila: pela parte interessada, por juízes de origem e desembargadores pertencentes ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, quando em diversas decisões prolatadas, mas, principalmente, pelos ministros julgadores integrantes da Quarta Turma deste STJ, que, ao final, decidiram por ignorar a aplicação da tese comedida – do adimplemento substancial –, em razão da existência irrestrita do Decreto-Lei em referência (nº 911/69).

A decisão proferida em sede de RESp. nº 1.622.555/MG não foi unânime, verificando-se, nesse sentido, 02 (dois) posicionamentos contrários entre si: (i) o primeiro deles, proferido pelo min. relator desta Turma, defendeu veementemente ser necessária uma mitigação do comando legal sentenciado pelo Decreto-Lei nº 911/69, a fim de se efetivar um julgamento pautado em uma interpretação mais justa e menos onerosa àquele devedor cujo inadimplemento contratual se mostrar irrisório, se comparado com o valor global do contrato, aplicando-se, nesse sentido, a Teoria do Adimplemento Substancial, por ora contestada pela instituição financeira-bancária Autora/Recorrente; (ii) o segundo deles, proferido pelo min. Marco Aurélio Bellizze, seguido pelos demais ministros desta Corte, afastou definitivamente o instrumento jurídico-processual e doutrinário destacado, sob o principal argumento de que a lei de regência da alienação fiduciária de bens móveis firmados com instituições financeiras-bancárias¹⁷⁹ expressamente prevê, de maneira incondicional, o ajuizamento da medida de busca e apreensão liminar realizada.

Ao cabo deste trabalho, realizou-se uma breve explanação pessoal acerca dos votos exprimidos, e, como o objetivo principal deste estudo consistiu em obter dele algumas experiências e tecer breves pressuposições acerca da matéria¹⁸⁰, não se pôde imprimir dedicação a todos os temas jurídicos que o caso suscitou, muitos deles dignos de boa quantidade de trabalhos científicos, funcionando, esta pesquisa, como ponto de partida para eventuais investigações futuras.

¹⁷⁹ Decreto-Lei nº 911/69.

¹⁸⁰ A autora não pode ter acesso a maiores informações a respeito deste julgamento específico.

5 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003 apud GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: CJF, 2003.

ALEMANHA. German Civil Code – BGB (trad.). Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

ALVES, Jones Figueiredo. **Novo código civil comentado**, coord. De Ricardo Fiuza apud GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Jones Figueiredo. **O adimplemento substancial como elemento decisivo à preservação do contrato**. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, nº 240, 2007.

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

ARAÚJO. Thiago Cássio D'Ávila. MIGALHAS. **Apontamentos sobre a teoria do adimplemento substancial**. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252440,91041-Apontamentos+sobre+a+teoria+do+adimplemento+substancial>>. Acesso em 03 nov. 2018.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 apud FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosendal. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 60-77, 1993.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição. Visão crítica da alienação fiduciária de imóveis da Lei nº 9.514/97**. São Paulo: Revista da Escola Paulista da Magistratura, a. 14, n. 02, ago. 2014, apud CLAUDINO, Patrícia Brasil. **A execução da alienação fiduciária de imóvel: uma análise da execução administrativa e judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 30 nov. 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: 02 nov. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. Enunciado nº 22, do CJF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em 06 dez. 2018.

_____. Enunciado nº 26, do CJF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em 06 dez. 2018.

_____. Enunciado nº 37, do CJF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em 06 dez. 2018.

_____. Enunciado nº 162, do CJF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em 06 dez. 2018.

_____. Enunciado nº 170, do CJF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em 06 dez. 2018.

_____. Enunciado nº 361, do CJF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em 06 dez. 2018.

_____. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L4728.htm>. Acesso em 21 de out. de 2018.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro 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: 17 nov. 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: 02 nov. 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: 17 nov. 2018.

_____. Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei no 911, de 1o de outubro de 1969, as Leis no 4.591, de 16 de dezembro de 1964, no 4.728, de 14 de julho de 1965, e no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/581/3407>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. STJ. Recurso Especial nº 76.363/MT. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Julgado em 11/12/1995, Publicado no Diário de Justiça em 01/04/1996.

_____. STJ. Recurso Especial nº 272.739/MG. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Julgado em 01/03/2001, Publicado no Diário de Justiça em 02/04/2001.

_____. STJ. Recurso Especial nº 469.577/SC, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Julgado em 25/03/2003, Publicado no Diário de Justiça em 05/05/2003.

_____. STJ, Recurso Especial nº 912.697/RO, Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, Julgado em 07/10/2010, Publicado no Diário de Justiça em 25/10/2010.

_____. STJ. Agravo em Recurso Especial nº 999.447/RJ, Relator: Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, Julgado em 28/10/2016, Publicado no Diário de Justiça em 07/11/2016.

_____. STJ. Recurso Especial nº 1.051.270/RS, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 04/08/2011, Publicado no Diário de Justiça em 05/09/2011.

_____. STJ. Recurso Especial nº 1.255.179/RJ, Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em 25/08/2015, Publicado no Diário de Justiça em 18/11/2015.

_____. STJ. Recurso Especial nº 1.418.593/MS, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Turma, Julgado em 14/05/2014, Publicado no Diário de Justiça em 27/05/2014.

_____. STJ. Recurso Especial nº 1.559.474/MT, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado em 06/10/2016, Publicado no Diário de Justiça em 14/10/2016.

_____. STJ. Recurso Especial nº 1.581.505/SC, Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Julgado em 18/08/2016, Publicado no Diário de Justiça em 01/02/2017.

_____. STJ. Recurso Especial nº 1.618.749/MG. Relator: Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, Julgado em 16/02/2017, Publicado no Diário de Justiça em 24/02/2017.

_____. Súmula nº 5, STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. Súmula nº 7, STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. Súmula nº 28, STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. TJRJ. Apelação Cível nº 2009.001.31408, Relator: Des. Sérgio Jerônimo Abreu da Silveira, 9ª Câmara Cível, Julgado em: 18/08/2009, Publicado no Diário de Justiça em: 25/08/2009.

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Ação de rescisão contratual – doutrina da gravidade suficiente do inadimplemento – faculdade discricionária do juiz**. Parecer publicado na RF. Rio de Janeiro: Forense, v. 329, jan/mar. 1995 apud BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução**

dos contratos e teoria do adimplemento substancial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Breno Tessinari de. **A boa-fé objetiva impõe deveres anexos aos negócios jurídicos, ainda que não haja previsão expressa das partes?** 2016. Disponível em: <<https://brennotessinari.jusbrasil.com.br/artigos/372992572/a-boa-fe-objetiva-impoe-deveres-anexos-aos-negocios-juridicos-ainda-que-nao-haja-previsao-expressa-das-partes>>. Acesso em 07 dez. 2018.

CLAUDINO, Patrícia Brasil. **A execução da alienação fiduciária de imóvel: uma análise da execução administrativa e judicial.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da, LEAL, Larissa Maria de Moraes, CARDOSO, Henrique Ribeiro (Organizadores). **Humanização do direito e proteção social dos hipervulneráveis (Vol. II).** João Pessoa: IDCC, 2018. Disponível em: <<http://institutodcc.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Humaniza%C3%A7%C3%A3o-do-Direito-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-Social-dos-Hipervulner%C3%A1veis-Vol-II.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

DIDIER, Fredie Jr. **Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro.** *Revista eletrônica de Direito Processual*, n. 4, p. 58-61, jul/dez. 2009. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21607/15634>>. Acesso em: 27 set. 2018.

FACHIN, Luiz Edson (Coordenador). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998, apud GANGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 10. ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosendal. **Curso de direito civil: contratos.** 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCA. Código Civil. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf> Acesso em: 17 nov. 2018.

GANGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 10. ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva. 2014.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____, Orlando. **Contratos.** 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/39420709/contratos---26-ed---orlando-gomes>>. Acesso em: 14 out. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. V: direito das coisas**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

ITALIA. Il Codice Civile Italiano. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

ITURRASPE, Jorge Mosset, **Contratos**. Buenos Aires, 1992 apud GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958 apud FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosenvald. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38 apud CARVALHO, Breno Tessinari de. **A boa-fé objetiva impõe deveres anexos aos negócios jurídicos, ainda que não haja previsão expressa das partes?**. 2016. Disponível em: <<https://brennotessinari.jusbrasil.com.br/artigos/372992572/a-boa-fe-objetiva-impoe-deveres-anexos-aos-negocios-juridicos-ainda-que-nao-haja-previsao-expressa-das-partes>>. Acesso em 07 dez. 2018.

_____, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 apud GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORTE, Luciana Tudisco Oliveira. **JUS. Estrutura da ponderação e da proporcionalidade em Robert Alexy**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50583/estrutura-da-ponderacao-e-da-proporcionalidade-em-robert-alexey>>. Acesso em: 20/11/2018.

MOTA, Maurício. **EMPÓRIO DO DIREITO. O princípio da proteção do devedor no direito brasileiro**. 2017. Disponível em: <<http://emporiოდodireito.com.br/leitura/o-principio-da-protacao-do-devedor-no-direito-brasileiro-por-mauricio-mota>>. Acesso em: 29/11/2018.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 apud Teresa Ancona Lopez *in* FERNANDES, Wanderley (Coordenador). **Contratos empresariais – fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (Coordenadores). **Contratos empresariais interpretados pelos tribunais**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

NEVES, Lara Britto de Almeida Domingues. **Controle acionário compartilhado e solução de impasses: estudo de caso da Companhia Brasileira de Distribuição**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17283/Lara%20Britto%20>

Dep%C3%B3sio%20final%20-%20ap%C3%B3s%20ajustes%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 nov. 2018

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994 apud FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosenvald. **Curso de direito civil: contratos**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001 apud BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA. Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____, Joseane Suzart Lopes, **O direito do consumidor brasileiro à informação sobre garantia legal dos bens diante de vícios: a imprescindível hermenêutica constitucional em busca da efetividade**. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15303/1/JOSEANE%20SUZART%20LOPES%20DA%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

STJ. Informativo de Jurisprudência. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0599.pdf>. Acesso em 27/09/2018.

_____, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: direito das coisas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/41911195/direito-civil---flavio-tartuce---vol-4-direito-das-coisas---ed-matodo---2014>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____, Flávio. CARTA FORENSE. **Teoria do Adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência**. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/15191>>. Acesso em: 27 set. 2018.

FERNANDES, Wanderley (Coordenador). **Contratos empresariais – fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Silvio de Salvo. **Direito Civil, v. 2: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/52359218/silvio-de-salvo-venosa--direito-de-familia-13-ed-2013>>. Acesso em 14 out. 2018.