

# **A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS**

**JEFFERSON ALVES DA SILVA**

**Orientador: Prof. Bruno Marini**

**RESUMO:** A presente pesquisa visa detalhar a formação e extinção dos contratos com enfoque naqueles regidos pelo Decreto-Lei nº 911/69, isto é, contratos de alienação fiduciária de bens móveis. Como objetivo principal, procura-se verificar se a teoria do adimplemento substancial é aplicável a este tipo de contrato. Tem-se como problemática: é possível afastar a busca e apreensão do bem móvel quando o devedor tiver adimplido com a maior parte do pagamento das parcelas definidas em contrato? Procurando responder tal questionamento, utilizou-se de revisão bibliográfica de livros, artigos e monografias, bem como jurisprudência. Notou-se que é inaplicável visto que a ação de busca e apreensão é um meio de forçar o cumprimento da obrigação contratual, portanto ao afastar a busca e apreensão do bem, as normas definidas no Decreto-Lei em comento perdem a sua finalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria do adimplemento substancial. Contrato de alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão de bens móveis.

## **INTRODUÇÃO**

A vida em sociedade só é possível pela presença de contratos, podendo defini-los como um acordo de vontade entre as partes que geram direitos e obrigações para os envolvidos. Conforme o tempo, os contratos foram se modificando, adaptando-se ao momento histórico em que se enquadram. Atualmente, alguns princípios básicos devem ser analisados para que um contrato seja válido no Brasil, dentre eles o princípio da autonomia privada, da função social dos contratos, da força obrigatória dos contratos, da boa-fé objetiva e, por fim, da relatividade dos efeitos contratuais.

Nos contratos de relações consumeristas, os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos ganham força se comparado aos demais contratos, uma vez que sendo o consumidor parte hipossuficiente na relação, incapaz de negociar as cláusulas, um cuidado a

mais deve ser dado, motivo pelo qual o poder constituinte solicitou a criação do Código de Defesa do Consumidor.

Dentre os contratos de relação consumerista, podemos citar o contrato de alienação fiduciária. Este tipo de contrato onde o bem adquirido é dado como garantia do pagamento da dívida é definido pelo Decreto-Lei nº 911/69 o qual define a ação de busca e apreensão como um meio para forçar ao devedor o pagamento da dívida assumida. Assim sendo, caso a dívida não seja paga, o credor terá o direito de vender o bem e utilizar o valor obtido para saldar a dívida e devolver o saldo remanescente ao devedor.

Contudo, pode ocorrer a busca e apreensão de um bem móvel em que parte substancial do contrato já foi adimplido e o inadimplemento recai sobre parcela ínfima. Destaca-se, pois, que o inadimplemento da obrigação é causa de extinção contratual. Entretanto, observa-se na doutrina a figura da teoria do adimplemento substancial, onde o pagamento dessa parcela significativa impediria a causa extintiva do contrato, restando ao credor outros tipos de ações, como a ação de cobrança, para que obtenha o valor desejado.

Assim sendo, tornou-se importante verificar a possibilidade da aplicação da presente teoria nos contratos de alienação fiduciária, se essa aplicação não esvaziaria a eficácia do instrumento dado pelo legislador ao credor como meio de satisfação da dívida.

A presente pesquisa é definida pela revisão bibliográfica de artigos, livros e monografias, em caráter exploratório e descritivo. Busca-se, por meio dela, descrever a criação dos contratos, seu ciclo vital e os meios de extinção para, então, verificar as especificidades do contrato de alienação fiduciária e seus modos de extinção. Após, explana-se sobre a teoria do adimplemento substancial para, assim, verificar sua aplicabilidade no presente tipo de contrato.

## **1 DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS**

É impossível falar em vida em sociedade sem trazer consigo a ideia de contrato, não de outro modo que a sua própria origem etimológica traz consigo o sentido de uma convenção ou acordo de vontades capaz de criar direitos e obrigações. Sendo um ato que, no mínimo, é bilateral, seja ele tácito ou expresso, é notável que toda e qualquer regra que molda a vida da sociedade advém de acordo firmado entre os pares. Na esteira do Direito, o estudo da Teoria Geral dos Contratos é de extrema importância, pois é por meio dessa teoria que vislumbramos aspectos de sua validade no ordenamento jurídico.

## 1.1 CONCEITO DE CONTRATO

Conforme dito anteriormente, o contrato surge de um acordo de vontades que tem como intuito a criação, a alteração ou a extinção de direitos e deveres. Assim sendo, podemos dizer que o surgimento do contrato se dá no exato momento em que as pessoas passaram a conviver em sociedade, devendo abdicar de determinados direitos e assumir determinados deveres em prol do bom convívio, de um modo sucinto, é a definição do que o escritor suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) definiria como Contrato Social.

Em tempos atuais, com a evolução da sociedade capitalista e as relações de consumo, os contratos assumem importante papel no cotidiano. Tartuce (2021, p. 25) define o contrato como “um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial”, porém ao adentrar no ordenamento jurídico pátrio, dele se espera mais do que a vontade humana, é necessária a observação de itens obrigatórios para que ele seja válido, para tanto o legislador define no art. 104, do Código Civil, que para um negócio jurídico ser válido, dele requer: I) agente capaz; II) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e III) forma prescrita ou não defesa em lei.

Apesar dos itens descritos no art. 104, do Código Civil, o contrato se limita por princípios que o regem e também estão dispostos no código civilista. Esses princípios buscam a adequação do instrumento particular ao ordenamento jurídico que, no caso em comento, os principais seriam o Código Civil, o Código do Consumidor e a Constituição Federal.

## 1.2 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DOS CONTRATOS

Vimos que para que um contrato seja válido, dele é exigido o mesmo do que qualquer negócio jurídico: o acordo de vontades, a capacidade das partes, a licitude do objeto, bem como que este seja possível, determinado ou determinável, e que sua forma seja prescrita ou não defesa em lei, conforme instrui o art. 104 do Código Civil vigente.

Tartuce (2021, p. 94), por sua vez, elenca 5 princípios contratuais dispostos no Código Civil de 2002. São eles:

a) Princípio da autonomia privada: de acordo com este princípio, as pessoas são livres para contratarem, definirem com quem contratar e o que contratar. Contudo, não se trata de um princípio absoluto, pois encontra limitações dentro do próprio código civilista. Neste aspecto, Campos, Barros Filho e Saldanha (2015, p. 4), define como limitadores a função

social dos contratos, o respeito aos bons costumes e a boa-fé objetiva, e aos preceitos de ordem pública.

b) Princípio da função social dos contratos: conforme dito anteriormente, esse princípio é um limitador ao princípio da autonomia privada, o texto do art. 421 do código civilista é expreso nesse aspecto, verifica-se nele que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Segundo Tartuce (2021, p. 105), essa norma visa proteger a parte vulnerável da relação contratual, no sentido que a interpretação dos contratos deve levar em conta o meio social onde está inserido, sem trazer onerosidade excessiva às partes, mantendo a justiça contratual e equilíbrio à relação dos contratantes. No mesmo sentido decorre a norma do art. 2.035, do mesmo código, ao dispor, em seu parágrafo único, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

c) Princípio da força obrigatória dos contratos: mais conhecido pelo seu brocardo “*pacta sunt servanda*”, ou seja, “o contrato faz lei entre as partes”. Ele decorre do próprio princípio da autonomia privada, pois é com a sua própria autonomia que as partes se obrigam ao que no contrato está disposto. Assim, um contrato celebrado possuidor de pressupostos e requisitos necessários à sua validade, devem segui-lo como se suas cláusulas fossem lei, os fundamentos desse princípio, conforme verifica-se em Campo, Barros Filho e Saldanha (2015, p. 7), decorrem da necessidade de segurança jurídica nos negócios e a intangibilidade ou imutabilidade do contrato celebrado. A força obrigacional dos contratos é limitada pela função social do contrato, portanto em determinados casos, onde há onerosidade excessiva a uma das partes, o contrato poderá ser revisto para que haja equilíbrio entre as partes.

d) Princípio da boa-fé objetiva: esse princípio traz consigo o dever das partes em agir corretamente, com eticidade, observando um comportamento coerente no momento de firmar um contrato, em sua execução e mesmo após este se findar. Conforme Tartuce (2021, p. 172-173), o Código Civil de 2002, apresenta em três de seus dispositivos funções importantes da boa-fé objetiva, quais sejam: I) a função de interpretação do negócio jurídico, assim, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (art. 113, *caput*), sendo, portanto, meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios jurídicos; II) a função de controle, pois conforme se extrai do art. 187, do código supracitado, ao exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, comete ato ilícito. Portanto; III) a

função de integração do contrato, na qual, por força do art. 422, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

e) Princípio da relatividade dos efeitos contratuais: significa que, em regra, as cláusulas contratuais atingem apenas as partes que celebraram o contrato, não podendo prejudicar ou beneficiar terceiros alheios a ele, senão aquelas permitidas em lei, como nos casos de estipulação em favor de terceiro (art. 436 ao 438, do CC).

Por certo que qualquer contrato que vá de encontro com o disposto nesses princípios basilares se torna inválido no regimento pátrio. Por outro lado, ao contemplá-los no momento da sua formação, podemos aferir validade ao negócio jurídico entabulado. Para tanto, no próximo tópico será verificado os aspectos da formação do contrato.

### 1.3 A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A formação de um contrato inicia-se quando de um lado há uma oferta e de outro um aceite, surgindo dessas duas manifestações de vontade um acordo o qual os obriga. Portanto, o germe de um contrato é a autonomia privada. É válido dizer que ele não se forma instantaneamente, havendo uma série de fases a serem percorridas até a entabulação do negócio jurídico aqui comentado.

Tartuce (2021, p. 256) define a formação do contrato em quatro fases:

1) Fase de negociações preliminares ou de pontuação: é onde ocorrem as tratativas, portanto ela é anterior à formalização da proposta. Nesta fase não há vinculação entre as partes, mas tão somente sondagens e estudos sobre o interesse de cada parte, na intenção de futuramente entabular um acordo. Lobô (2018, p. 61) tece comentários interessantes sobre essa etapa, pois verifica-se que a doutrina tradicional nunca atribuiu qualquer consequência jurídica a esse momento, pois ele permanece ao mundo dos fatos e, por força da autonomia privada, há um espaço de desistência que deve ser preservado, contudo, se a conduta de uma das partes infunde na outra a confiança de que o contrato será concluído de modo a fazer com que ele despenda valores, por força de princípios como a boa-fé, passa a existir uma responsabilização daquele.

2) Fase de proposta, policitação ou oblação: neste ponto as partes deixam de lado as conversas preliminares e surge uma oferta formalizada, assim sendo uma das partes

formaliza a sua manifestação de vontade de contratar e solicita da outra a concordância. A partir daqui, sendo essa proposta recebida pela outra parte, surge um dever, conforme dispõe o art. 427, do Código Civil, senão vejamos: “a proposta do contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Assim, se a proposta é dirigida para alguém em específico, o dever de celebrar o contrato se impõe, sob pena de responsabilização por perdas e danos.

3) Fase de contrato preliminar: conforme Tartuce (2021, p. 268), não se trata de uma fase obrigatória, sendo utilizado, na prática, em compra e venda de imóveis para que haja mais segurança entre as partes. O art. 462, do Código Civil, define que exceto quanto à forma, ele deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado. Essa etapa também é conhecida como compromisso de contrato, podendo esse compromisso ser assumido, por meio da assinatura, por apenas uma das partes ou pelas duas, e a obrigação recairia somente sobre aquele que o assinou ou, sendo o caso de ambos terem assinado, aos dois recairiam as obrigações por eles impostas, salvo não houver cláusula de arrependimento, conforme acentua o art. 463, do código civilista.

4) Fase de contrato definitivo ou conclusão do contrato: por fim, quando ambas as vontades se encontram, o contrato estará aperfeiçoado, e dele se extrai todas as suas consequências das quais as partes se obrigaram.

#### 1.4 A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Enquanto o Código Civil trata dos contratos em geral, outros códigos tratam de contratos em específicos, como é o caso daqueles relacionados ao trabalho, que estão sob a vigência da Consolidação das Leis Trabalhistas, e aqueles onde há uma relação de consumo, que são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor. O deslinde deste tópico tem como escopo os contratos de relação de consumo, portanto será observado os contratos sob a óptica do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo o CDC anterior ao Código Civil vigente, é de se notar que

Vários princípios consagrados na legislação consumerista foram reafirmados pelo Código Civil de 2002, como os concernentes à boa-fé objetiva, à onerosidade excessiva, à lesão, ao enriquecimento sem causa, aproximando e harmonizando ainda mais os dois diplomas em matéria contratual. (Gonçalves, 2021, p. 1263).

O código em comento surgiu da necessidade de manter um equilíbrio entre seus protagonistas: o consumidor e o fornecedor, os quais são definidos no art. 2º e 3º do referido diploma. Conforme o art. 2º do CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final e, de acordo com o art. 3º, o fornecedor seria qualquer pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

De primeiro, insta informar que o código consumerista é escasso quanto as regras a serem utilizadas na formação do contrato de consumo, socorrendo-se às regras do Código Civil quando há alguma lacuna em seu texto ou quando uma norma deste código for mais benéfica ao consumidor, para tanto se utiliza do diálogo das fontes, sendo este “um método que busca garantir a melhor interpretação e aplicação das normas e princípios no intuito de proteger a parte mais vulnerável” (Nascimento et al, 2019, p. 4).

Dentre os aspectos que diferenciam um código e outro está a oferta. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 30, define como oferta “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados”, nesta senda a informação e a publicidade obrigam o fornecedor ao fechamento do contrato mesmo que não haja uma formalização de seu conteúdo. Não é por outro motivo que, como pontua Tartuce (2021, p. 276), para que os exatos termos da publicidade sejam cumpridos, o art. 35 do código em comento menciona a possibilidade do cumprimento forçado da obrigação em caso de recusa ao seu cumprimento.

Por força da boa-fé objetiva, a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre sua essência, quantidade e qualidade (art. 31), sendo proibida a publicidade simulada, abusiva e enganosa (art. 36 e 37).

Comumente, alguns serviços são utilizados sem que o consumidor tenha noção prévia dos termos do contrato, seja pela sua disponibilidade ou redação dificultosa que foge da compreensão do consumidor médio. Motivo pelo qual esses tipos de contrato não obrigam os consumidores, conforme demonstra o art. 46, do Código do Consumidor. Nesta perspectiva,

Conhecer e compreender não se confundem com consentir ou aceitar. A cognoscibilidade tem caráter objetivo: reporta-se a conduta abstrata. A situação concreta do consumidor individual ou sua declaração expressa de ter conhecido ou compreendido o que se obrigou é irrelevante e secundária.

O que importa é ter podido conhecer e ter podido compreender (Lobô, 2021, p. 66).

A interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC) traz consigo o princípio da função social dos contratos e se mostra também como uma das finalidades do código consumerista em si, pois sua existência se deve à defesa do consumidor, isto é, da parte vulnerável da relação consumerista.

Diante de todo o exposto, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito aos contratos, concentra-se na fase pré-contratual, isto é, nas negociações preliminares, tecendo deveres à parte ofertante quanto ao modo que essa oferta pode ser realizada ao ponto que se obriga ao conteúdo ofertado e tem a obrigatoriedade de oferecê-lo nos moldes anunciados. Já nos contratos definitivos, o dever de informação clara em seu conteúdo, de modo a não obrigar o consumidor de suas cláusulas ou sendo elas interpretadas de maneira mais favorável à parte vulnerável do negócio jurídico.

## **2 DA EXTINÇÃO CONTRATUAL E DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

Os contratos possuem um ciclo de existência: surge da vontade das partes passando a gerar seus efeitos entre elas e se espera que finalize com o cumprimento das prestações as quais as partes se submetem, ou com o termo final do prazo acordado entre as partes. A partir do momento em que a satisfação obrigacional for declarada pelo credor ou o advento do prazo definido entre as partes, a obrigação é extinta bem como o contrato. Contudo, existem outros meios do contrato ser extinto mesmo antes de seu cumprimento, seja por causas anteriores à sua celebração ou mesmo atuais, ou por causas supervenientes à sua formação.

### **2.1 OS TIPOS DE EXTINÇÃO CONTRATUAL**

Conforme os ensinamentos de Tartuce (2021, p. 434) pode-se dizer que existem quatro modos para que o contrato venha a ser extinto: I) a extinção normal do contrato; II) a extinção por fatos anteriores à celebração; III) a extinção por fatos posteriores à sua celebração; e IV) a extinção por morte.

O contrato extingue-se normalmente com o cumprimento das obrigações nele dispostas ou com o termo final do prazo definido entre as partes. Dá-se como exemplo do cumprimento da obrigação o pagamento integral das prestações, a transferência da coisa ou a não realização de uma ação nos contratos que tem como finalidade a obrigação de não fazer. Outro modo



ordinário de resolução do contrato é o término do prazo acordado entre as partes, como por exemplo os contratos de locação ou prestação de serviços por prazo determinado.

No entanto, a extinção do contrato não significa a extinção de todos os seus efeitos, Lôbo (2018, p. 139) discorre que esses efeitos podem persistir em algumas situações em consequência do princípio da boa-fé e da proteção do contratante, este último define que mesmo findado o contrato, as partes não estão alheias aos deveres de proteção, como o de não violação de sigilo, podendo a violação desses deveres posteriores ao contrato levar à reparação de danos materiais e morais.

A extinção contratual por fatos anteriores à sua celebração pode ocorrer, em um primeiro momento, por sua invalidade, isto é, o contrato ser nulo ou anulável. O art. 166, do Código Civil define nulo os negócios jurídicos quando: I) celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV) não revestir a forma prescrita em lei; V) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI) tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. O art. 167 do mesmo código acrescenta o negócio jurídico simulado como outra hipótese de nulidade, sendo definido em seus incisos como aquele que aparenta conferir ou transmitir ou transmitirem direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem; contiver inverdades em declaração, confissão, condição ou cláusula; e, por fim, os contratos antedatados ou pós-datados.

O art. 171 do código civilista, por sua vez, define como anulável além dos casos expressamente declarados em lei o negócio jurídico realizado por agente relativamente incapaz ou por vício de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. Essas são situações onde o agente não possui um item essencial para a validade do contrato, qual seja a vontade do agente, seja por ele não estar ou não ser plenamente capaz de exprimir sua vontade ou esta ter sido manifestada ou exposta no contrato de modo incorreto.

Relativo à extinção por fatos posteriores à celebração do contrato, Tartuce (2021, p. 443) informa que “toda vez em que há a extinção do contrato por fatos posteriores à celebração, tendo uma das partes sofrido prejuízo, fala-se em rescisão contratual”, devendo a parte prejudicada utilizar-se do judiciário por meio da ação de rescisão contratual. Ainda conforme o autor a rescisão é gênero e possui a resolução e a resilição como espécies.

Lôbo (2018, p.141) define a resolução como a extinção do contrato por ato ou pedido judicial de uma das partes, em virtude do inadimplemento da outra. Caracteriza-se por seu efeito retroativo, atingindo todos os efeitos do contrato desde a sua constituição, restituindo às partes as prestações já feitas, cabendo à parte prejudicada o direito de reivindicar as penalidades contratuais e perdas e danos.

A cláusula resolutiva em detrimento do inadimplemento parcial ou total se faz presente em todos os contratos, seja de modo expresso ou tácito, sendo expressa, ela opera de pleno direito e caso esteja disposta de modo tácito, haverá a necessidade da parte prejudicada interpelar ao poder judiciário, conforme entendimento do art. 474, do Código Civil. A leitura do art. 475, por sua vez, evidencia que o inadimplemento por si só não gera a resolução do contrato, podendo a parte lesada exigir o cumprimento da obrigação pela via judicial, quando possível, cabendo-lhe o pedido de indenização por perdas e danos.

A rescisão, por sua vez, é o modo de extinção do contrato por ato unilateral ou consensual que não atinge a validade e a eficácia anteriores do contrato, em outras palavras a rescisão contratual “é o meio de extingui-lo quando se torna impossível desconstituir-se o efeito do que já foi realizado, no tempo passado” (Lobô, 2018, p. 140).

Destaca-se que a rescisão unilateral se opera mediante denúncia, sendo ela denominada vazia, quando não há necessidade da exposição de motivos para tal, e cheia, quando há necessidade da exposição de motivos para o pedido da extinção contratual. De acordo com o entendimento do art. 472 do código civilista, a rescisão consensual, também denominada como distrato, deve ter a mesma forma do contrato anterior para que seja extinto, necessita de um novo contrato que deve ter a mesma forma do contrato que se pretende extinguir onde as partes entabularão cláusulas e condições para que se obtenha a sua finalidade, para fins de elucidação, caso o contrato tenha sido realizado de forma pública, assim também deverá ser o distrato.

Por fim, tem-se em determinados tipos de contrato a morte de um dos contratantes como um dos modos de extinção contratual. Conforme Tartuce (2021, p. 474), este meio de extinção decorre de uma obrigação personalíssima ou *intuito personae* (contrato firmado em razão das características específicas, da confiança ou da habilidade de uma pessoa em particular).

## 2.2 DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Para os fins aos quais se destinam o presente artigo, se faz necessário adentrar-se às peculiaridades concernentes aos contratos de alienação fiduciária. Em sua grande maioria, os financiamentos relativos aos bens móveis e imóveis, contém cláusula de alienação fiduciária em garantia. Conforme inteligência do art. 1.361, do Código Civil, “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”, assim sendo, no contrato de alienação fiduciária o bem móvel não pertence ao devedor, mas ao credor que transfere àquele a posse indireta do bem móvel ou imóvel alienado, transferindo-se a posse direta quando do pagamento integral da coisa alienada.

Muito embora o código civilista defina apenas o bem móvel em seu artigo supracitado, a Lei nº 9.514/97, define em texto semelhante a coisa imóvel, senão vejamos: “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o fiduciante, com o escopo de garantia de obrigação própria ou de terceiros, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

De acordo com Guimarães Neto (2015, p. 14), a alienação fiduciária surge no Brasil com a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, como meio de facilitação de crédito, concedendo o aumento dos tratos consumeristas e da faixa de funcionamento das instituições financeiras, permitindo adaptabilidade ao negócio de capitais e reduzindo os riscos operacionais. A abertura de crédito por meio dos contratos regidos por este dispositivo concedeu aos cidadãos anteriormente marginalizados do mercado consumidor a capacidade aquisitiva que em outro momento não teriam.

Conforme o art. 66 da lei supracitada, o credor tinha o domínio da coisa alienada até a liquidação da dívida, portanto o bem móvel somente se transferiria ao adquirente após o adimplemento total da obrigação. Conforme o definido pelo art. 1.196, do Código Civil, o possuidor é definido como “aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”, compreende-se então que o bem, em questão de direito, é pertencente ao credor, o que geralmente é uma instituição financeira, e este concede ao adquirente, geralmente o consumidor, o direito de posse do bem objeto do contrato.

Ocorre, porém que a lei referida anteriormente não definia um meio de obtenção do bem das mãos do indivíduo inadimplente, sendo vaga, pois em sua edição definia apenas que o proprietário fiduciário poderia “reivindicá-la do devedor ou de terceiros” conforme salienta Netto (apud Madeira, Campos e Curvelo, 2021, p. 14), não havendo a definição do tipo de ação necessária para tal fim. Isto posto, com o fito de solucionar essa questão surge a figura do procedimento de busca e apreensão do bem dado em garantia por meio de contrato de alienação fiduciária, conforme o Decreto-Lei nº 911/69.

### **3 A MORA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

Do inadimplemento contratual por parte do devedor fiduciante de bem móvel decorrem consequências obrigacionais as quais serão expostas no presente capítulo. Essas consequências obrigacionais estão expostas no Decreto-Lei nº 911/69 e, dentre as principais, encontra-se a faculdade do ajuizamento de Ação de Busca e Apreensão, por parte do fiduciário, e a possibilidade de conversão em Ação de Execução, na impossibilidade de êxito naquela.

#### **3.1 A CONSTITUIÇÃO DA MORA E SEUS EFEITOS NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

No entabular de um negócio jurídico se espera das partes o cumprimento das obrigações assumidas por elas, assim, em se tratando de obrigação contratual positiva e líquida, espera-se que o pagamento da parcela de acordo com o termo ajustado. O não pagamento da obrigação no termo ajustado transforma a parte obrigada ao pagamento inadimplente.

É a partir do inadimplemento que a mora é constituída de pleno direito, sendo ela definida pelo art. 394, do código civilista, como a não efetivação do pagamento pelo devedor ou a não recepção pelo credor no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Caso esta ocorra, cabe à parte lesada pelo inadimplemento, “pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”, conforme redação do art. 475, do Código Civil. Dentre os meios legais para a efetivação do cumprimento da obrigação fiduciária

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 (Amorim, 2018, p. 15).

Assim sendo, caso a parte devedora se encontre inadimplente ou em mora com suas obrigações contratuais, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, conforme art. 2º do Decreto-Lei em comento. Para tanto, ele deve aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e efetuar a entrega ao devedor do saldo remanescente apurado, caso haja, realizando, assim, a prestação de contas.

Conforme este Decreto-lei que dita o funcionamento da alienação fiduciária de bem móvel, a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e sua comprovação se dá por carta registrada com aviso de recebimento, desinteressante da assinatura ser do devedor, de acordo com o art. 2º, § 2º do Decreto-Lei referido. Portanto, conforme o parágrafo que se segue, quando o fiduciante incorre em algum dos casos de antecipação do vencimento da dívida, o credor poderá considerar vencida todas as obrigações contratuais e, desde que comprovada a mora conforme o estabelecido no § 2º, o proprietário fiduciário poderá requerer a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, consoante o art. 3º do Decreto-Lei que aqui explanamos.

Diante do exposto, tem-se que o inadimplemento de qualquer parcela do contrato de alienação fiduciária dá ao credor o direito de solicitar a busca e apreensão do veículo, a qual será concedida liminarmente desde que comprovada a mora nos ditames do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 911/69. E, poderá o credor vender a coisa a terceiros, utilizando do valor da venda para saldar a dívida do devedor e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, caso haja.

Porém é comum observar na população em geral a frustração quando de um bem que boa parte das parcelas foram pagas e mesmo assim a instituição financeira/ bancária entra com a ação de busca e apreensão do bem realizando, posteriormente, sua venda. Após pagar grande parte da parcela, não deveria ser aplicado o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato? Afinal, conforme o pensamento do que é justo, em termos leigos, tomar um bem que tem mais de 75% das suas parcelas pagas, não parece justo.

### 3.2 DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

Conforme verificamos anteriormente, o inadimplemento da obrigação é uma das causas de extinção contratual ensejando à parte lesada aqueles direitos descritos no art. 475, do Código Civil, além de lhe dar o direito de resolver a alienação fiduciária conforme as

normas vigentes no Decreto-Lei n. 911/69, o que, de modo geral, se dá pela ação de busca e apreensão do bem móvel.

Contudo, é de saber notório na realidade brasileira que, por situações diversas, muitos dos contratantes de financiamento se veem impossibilitados de efetuar o pagamento dessas parcelas em dia, motivo pelo qual, conforme levantamento realizado pelo Serasa (2024), no mês de agosto de 2024, o número geral de inadimplentes no Brasil somava-se 72,46 milhões de pessoas, número que corresponde à 34,08% da população nacional.

Assim, normalmente paira a dúvida na população leiga sobre a apreensão e venda de seu bem móvel por uma dívida consideravelmente irrisória se considerar o valor total do contrato. Comumente dizeres sobre o que é justo paira na mente dos devedores que se encontram na situação de alguém que pagou grande parcela de seu financiamento e agora tem seu bem apreendido e vendido.

Nesse aspecto, podemos analisar a aplicabilidade da teoria do adimplemento contratual no caso concreto. “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” (Amorim, 2018, p. 20), nas formas do Decreto-Lei 911/69. No mais, Madeira, Campos e Curvelo (2021, p. 04) define a teoria: “na ocorrência de um inadimplemento mínimo da obrigação, respeitando a satisfação e interesse das partes, é afastada a possibilidade da resolução contratual”.

Conforme o enunciado 361, da IV Jornada de Direito Civil, “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”. Deste modo, sendo ínfimas as parcelas a serem pagas para que a obrigação seja cumprida, não caberia a extinção contratual, mas tão somente aqueles efeitos legais para a manutenção da avença.

Verifica-se pois que a Teoria do Adimplemento Substancial impede a rescisão antecipada e unilateral do contrato no caso do devedor ter cumprido a maior parte da obrigação

reconhecendo a aplicação da teoria, o efeito é a admissão do exercício do credor de exigir, em face do inadimplemento, somente as prestações pecuniárias devidas, podendo pretender a indenização pelos prejuízos sofridos, juros, atualização

monetária, bem como cláusula penal, se convencionada (Madeira, Campos e Curvelo, 2021, p.12).

Conforme Tartuce (2021, p. 731), a teoria do adimplemento substancial passa por dois filtros: o objetivo, que remete a parte econômica do descumprimento; e o subjetivo, relacionado ao comportamento das partes durante a vigência do contrato. Eis que deve, o juiz levar em conta, o montante pago pela parte devedora, bem como o comportamento, se contumaz, se a parte está agindo de má-fé, etc.

### 3.3 A APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA CONFORME A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Verifica-se alhures que o Decreto-Lei nº 911/69 estabelece normas referentes à alienação fiduciária de bens móveis, determinando em seu art. 3º que é facultado ao credo, diante da mora e do inadimplemento do devedor, requerer a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, podendo o devedor, em 5 dias, realizar o pagamento integral do bem de modo que não o realizando “consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário” (art. 3º, §1º, do Decreto-Lei nº 911/69).

O Supremo Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.622.55-MG definiu não ser aplicável a teoria do adimplemento contratual aos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto-Lei 911/69, isto porque “salvo se o regramento especial apresentar alguma lacuna e a solução ofertada pela ‘lei geral’ não se contrapuser às especificidades do instituto legal regulado pela referida lei”. Assim sendo, o Decreto-Lei que define os termos acerca da alienação fiduciária de bem móvel, bem como a ação de busca e apreensão, deixa claro que o devedor somente terá o bem caso pague integralmente a dívida.

Ocorre que sendo a busca e apreensão do bem medida que possui a finalidade de compelir o devedor ao pagamento da dívida, aplicar a teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária, de modo que o devedor permaneça com o veículo, esvazia o instrumento jurídico, fazendo com que o contrato perca sentido.

### **CONCLUSÃO**

Os contratos possuem uma ordem natural que vai desde o seu nascimento, que carece, dentre outros itens, da capacidade do agente sem qualquer empecilho que venha a obstar sua

compreensão do que está sendo entabulado. Durante sua vida útil, as partes se obrigam ao que nele está, isto porque o contrato faz lei entre as partes.

Dentre as formas de extinção do contrato encontra-se o cumprimento da obrigação, que é o que normalmente se espera, contudo, não havendo esse cumprimento, restando uma das partes inadimplentes, a outra poderá requerer sua extinção por motivo da inadimplência, cabendo à parte lesada a indenização por perdas e danos.

Nos contratos de alienação fiduciária de bem móvel regidos pelo Decreto-Lei nº 911/69, onde o credor fiduciante transfere ao fiduciário a posse indireta do bem móvel alienado, o inadimplemento da obrigação dá ao credor o direito de entrar com uma ação de busca e apreensão no intuito de compelir o devedor a pagar a dívida.

Ocorre que em casos de pagamento substancial da dívida, isto é, de quase totalidade da obrigação contratual, observa-se a aplicação da teoria do adimplemento substancial, afastando a perda do bem, restando ao credor apenas ações referentes ao pagamento da dívida. Contudo, nos casos de contrato de alienação fiduciária essa teoria não se aplica, eis que sendo regida por lei especial que tem como intuito o pagamento do bem ou a retenção do bem móvel com a possibilidade de sua venda para satisfação da dívida, a aplicação da teoria esvaziaria o intuito do próprio instituto legal.

## **REFERÊNCIAS:**

TARTUCE, Flávio. **DIREITO CIVIL: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CAMPOS, Emmanoel Leocádio; BARROS FILHO, Fernando do Rego; SALDANHA, Larissa B. Da Silva. **Princípios gerais dos contratos**. VI JICEX - Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária, Curitiba, PR, v. 6, n. 6, 30 jan. 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 3: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil**. Coord. Pedro Lenza. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Coleção Esquematizado).

NASCIMENTO, Guilherme Henrique de Souza Navarro; CASSIMIRO, Mateus Costa; SCHREIBER, Rachel Silvano; RESENDE, Julieth Laís do Carmo Matosinhos. **Direito do consumidor à luz da teoria do diálogo das fontes**. Athenas de Direito, Política e Filosofia, Conselheiro Lafaiete, v. 8, n. 1, 2019.



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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 nov. 1997.

MADEIRA, Débora Fernandes Pessoa; CAMPOS, Maria Luiza de Lima; CURVELO, Pedro Ivo Correia. **Teoria do adimplemento substancial e sua aplicação nas ações executórias de contratos de alienação fiduciária de bens móveis**: análise do posicionamento jurisprudencial adotado pelo TJMG, TJRS anterior a REsp.1.622.555/MG do STJ. JURIS - Revista da Faculdade de Direito, [S. l.], v. 31, n. 1, 2022. DOI: 10.14295/juris.v31i1.13355. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/13355>. Acesso em: 15 nov. 2024.

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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 out. 1969.

**ENUNCIADO 361**, C. S. IV Jornada de Direito Civil. CJF - Enunciados, 2006. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.622.555-MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Segunda Seção, julgado em 22/02/2017, publicado em 16/03/2017.

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. 21 jul 2019. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/30142>>. Acesso em 10 nov. 2024

SERASA. **Mapa da inadimplência e renegociação de dívidas no Brasil**. [S. l.], 2024. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/mapa-da-inadimplencia-e-renegociacao-de-dividas-no-brasil/>. Acesso em: 3 nov. 2024.