

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

CHRISTIAN JOEL RÖGLIN

**DA (IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO
SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA
DE BEM MÓVEL E IMÓVEL.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2017

CHRISTIAN JOEL RÖGLIN

**DA (IM) POSSIBILIDADE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO
SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA
DE BEM MÓVEL E IMÓVEL.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Marcos C. Salomão

Santa Rosa
2017

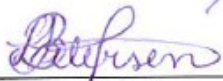
CHRISTIAN JOEL RÖGLIN

DA (IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO
SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA
DE BEM IMÓVEL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora


Prof. Ms. Marcos Costa Salomão – Orientador


Prof.ª Dr.ª Leticia Lassen Petersen


Prof.ª Ms. Renata Maciel

Santa Rosa, 29 de novembro de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho inicialmente a Deus, por ser essencial em minha vida e meu guia, a minha querida esposa Karine Röglin, que sempre esteve ao meu lado me apoiando, incentivando e não medindo esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais por sempre estarem ao meu lado, aos meus avós maternos, ao meu orientador Marcos Salomão, o qual me auxiliou gradativamente para que o presente trabalho obtivesse êxito.

“Quando fizeres algo de nobre e belo e ninguém notar não fique triste, pois o sol toda manhã faz um lindo espetáculo e, no entanto, a maioria da plateia ainda dorme.”

John Lennon

RESUMO

A presente monografia visa o estudo da aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel, fazendo um estudo esmiuçado nos casos práticos levados ao Judiciário, sem perder seu foco nos princípios que lhes dão base estrutural, onde foram feitas pesquisas teóricas junto a doutrinadores e de jurisprudências do TJRS e do STJ no período entre 2010 a 2017. A problemática deste estudo tem por escopo responder ao seguinte questionamento, considerando que a teoria do adimplemento substancial protege o mutuário na compra de um bem, permitindo que ele não perca o bem, após ter pagado grande parte da dívida, é possível aplicar a teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária de bem móvel e imóvel? O objetivo geral é aprofundar a respeito de uma percepção referente aos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel diante do inadimplemento mínimo da obrigação principal, concordando com a aplicação da teoria do adimplemento substancial. No entanto, a maior dificuldade está em identificar quando evidentemente o contrato pode ser considerado pelo Judiciário como cumprido substancialmente, de modo a evitar sua resolução. O presente trabalho busca trazer ao leitor vários conhecimentos para melhor entendimento da teoria do adimplemento substancial e a sua adequada aplicabilidade no ordenamento jurídico contratual atual. A metodologia utilizada foi o método dedutivo, baseando-se nas aplicações particulares de lei geral, pesquisa bibliográfica, teórica, com levantamento documental, por intermédio de análise de doutrinas, revistas bibliográficas e análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais. Serão tratados no primeiro capítulo os princípios fundamentais da doutrina contratual, a função social do contrato, juntamente com o princípio da boa-fé objetiva e subjetiva com intuito de seguir uma sequência de assuntos relacionados, sendo que um complementa o outro, tratando com maior clareza o tema abordado. Na sequência, o segundo capítulo irá tratar do contrato de alienação fiduciária, da teoria substancial do adimplemento e sua aplicabilidade, o código de defesa do consumidor, e por fim no terceiro capítulo análise jurisprudencial juntada ao TJ/RS e o STJ dentre 2010 a 2017, apontando os posicionamentos divergentes sobre o tema.

Palavras-chave: adimplemento substancial – aplicabilidade – jurisprudência.

ABSTRACT

This monograph aims to study the application of the theory of substantial compliance in fiduciary alienation contracts to guarantee movable and immovable property, making a detailed study in practical cases brought before the Judiciary, without losing its focus on the principles that give them structural basis, where theoretical researches were carried out with jurists and with the jurisprudence of the TJRS and STJ in the period between 2010 and 2017. The problem of this study has the scope to answer the following question, considering that the theory of substantial compliance protects the borrower in the purchase of a good, allowing him not to lose the good, after having paid a large part of the debt, is it possible to apply the substantial default theory to the fiduciary alienation agreements of movable and immovable property? The general objective is to deepen a perception regarding fiduciary alienation contracts in guarantee of movable and immovable property in the face of the minimum default of the principal obligation, agreeing with the application of the theory of substantial indebtedness. However, the greatest difficulty is in identifying when the contract can evidently be considered by the Judiciary as substantially fulfilled, in order to avoid its resolution. The present work seeks to bring to the reader several knowledge for a better understanding of the theory of substantial compliance and its adequate applicability in the current contractual legal order. The methodology used was the deductive method, based on the particular applications of general law, bibliographical research, theoretical, with documentary survey, through analysis of doctrines, bibliographical journals and content analysis of jurisprudential arguments. The fundamental principles of contractual doctrine, the social function of the contract, together with the principle of objective and subjective good faith, will be dealt with in the first chapter in order to follow a sequence of related subjects, one complementing the other, dealing more clearly the topic addressed. Subsequently, the second chapter will deal with the fiduciary alienation contract, the substantial theory of compliance and its applicability, the consumer defense code, and finally in the third chapter jurisprudential analysis joining the TJ / RS and STJ from 2010 to 2017 , pointing out the divergent positions on the theme.

Key words: substantive adimplemento - applicability - jurisprudence.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

Art. – Artigo

CDC – Código de Defesa do Consumidor

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

STJ – Superior Tribunal de Justiça

p. – Página

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA DOUTRINA CONTRATUAL	13
1.1 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO	17
1.2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	21
1.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUBJETIVA.....	24
2. DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	29
2.1 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	29
2.2 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	32
2.3 APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	35
3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	39
3.1 BENS MÓVEIS.....	39
3.2 BENS IMÓVEIS.....	44
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa um estudo sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel em casos práticos levados ao judiciário, sem perder seu foco nos princípios que lhe dão base estrutural: o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, no qual serão feitas pesquisas teóricas junto a doutrinadores e jurisprudências do TJRS e do STJ no período entre 2010 a 2017.

Perante a temática exposta, a problemática deste estudo tem por escopo responder ao seguinte questionamento: considerando que a teoria do adimplemento substancial protege o mutuário na compra de um bem, permitindo que ele não perca o bem após ter pagado grande parte da dívida, é possível aplicar a teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária de bem móvel imóvel?

Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo geral aprofundar a respeito de uma percepção referente aos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel diante do inadimplemento mínimo da obrigação principal, concordando com a aplicação da teoria do adimplemento substancial, abordando como objetivos específicos os princípios contratuais e a teoria do adimplemento substancial do contrato e analisar o contrato de alienação fiduciária de bem móvel e imóvel e o entendimento doutrinário e jurisprudencial das suas formas de resolução.

A pretensão, diante disso, a discussão da aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel, no entanto, a maior dificuldade está em identificar quando evidentemente o contrato pode ser considerado pelo judiciário como cumprido substancialmente, de modo a evitar sua resolução, pois o trabalho não tem o intuito de esgotar, mas sim contribuir para o esclarecimento acerca da temática.

Portanto o estudo proposto irá basear-se numa abordagem qualitativa, optando por método de abordagem dedutivo, pois infere os fatos observados e baseados nas aplicações particulares de lei geral com procedimentos secundários,

históricos e comparativos, porque evidencia semelhanças e oposições sobre o assunto. Referente à organização e qualificação dos dados, ele será feito através de pesquisa bibliográfica, teórica, com levantamento documental por intermédio de análise de doutrinas, revistas bibliográficas e análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais.

Diante dessas premissas, no capítulo um deste trabalho serão abordados os elementos fundamentais da doutrina contratual, que versam sobre os princípios costumeiros e modernos da teoria contratual, trazendo ainda natureza jurídica, função social do contrato, boa-fé objetiva e subjetiva, os quais serão expostos de forma lacônica, pois são princípios mais aludidos pelos doutrinadores quando se discute direito contratual.

Já no capítulo dois, pretende-se evidenciar o contrato de alienação fiduciária, sua conceituação e principais características, uma breve exposição acerca dos elementos jurídicos originários da teoria do adimplemento substancial e aspectos relevantes sobre a sua devida aplicabilidade, tendo em contraposto o Código de Defesa do Consumidor.

Ao final no terceiro capítulo será realizada análise jurisprudencial junto ao TJ/RS e o STJ, no período de 2010 a 2017, a partir do qual buscou-se apresentar as divergências do Poder Judiciário diante da teoria do adimplemento substancial, se a mesma é aplicável nos casos de contrato de alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel.

1 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA DOCTRINA CONTRATUAL.

Inicialmente, pode-se dizer que os princípios são a base de todo o ordenamento, no entanto, este capítulo versa sobre os princípios costumeiros e modernos da teoria contratual, os quais serão expostos de forma lacônica, princípios mais aludidos pelos doutrinadores quando se discute o direito contratual. Diante disso, busca-se fazer entender o quão importante é o conhecimento desta matéria em si.

Em recente artigo doutrinário, Paulo Lôbo distingue os princípios sociais do contrato, que informariam de maneira mais intensa o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil Brasileiro, daqueles outros, ditos liberais, que predominaram no Estado liberal do final do século XIX e início do século XX, mas que não poderiam ser descartados de pronto, porquanto ainda existentes em nossa realidade jurídica. (LÔBO, 2002).

Os princípios são, de acordo com Celso Mello:

Princípio é, por essência, um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (MELLO, 1980, p. 230)

Quanto à sua posição ou função no ordenamento jurídico, na visão clássica, herdada do século XIX, três eram os princípios contratuais fundamentais: a liberdade das partes (ou autonomia da vontade), a força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda) e a relatividade dos efeitos contratuais (LOTUFO; NANNI, 2011).

Observa Riccardo Guastini que:

Os princípios podem ser caracterizados a partir de sua relação com as outras normas, enquanto desenvolvem o papel de normas fundamentais, partindo-se de um duplo sentido: a) num primeiro plano, os princípios são normas que dão fundamento ou justificação a outras normas; b) num segundo, os princípios são normas que parecem não precisar por sua vez de fundamento ou justificação (porquanto são percebidos como óbvios, autoevidentes, ou como intrinsecamente justos). (GUASTINI, 1998, p. 282).

Para Judith Martins Costa, o princípio da autonomia da vontade: o libre arbítrio de contratar como sendo uma liberdade baseada nas leis da sociedade onde o contrato está inserido. Entende a autora que a liberdade de contratar está

vinculada à função social do contrato, gerando uma autonomia solidária, dentro da qual não existem restrições ao ato de pactuar com outrem (MARTINS-COSTA, 2005).

Silvio Rodrigues afirma:

O Princípio da Autonomia da Vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam como o interesse geral ou não o contradigam. (RODRIGUES, 2007, p. 15).

No entanto, a autonomia da vontade baseia-se no livre arbítrio dos contratantes, que, sem empecilho algum, podem livremente executar escolhas, expor seus interesses/ideias, mediante comum acordo, mas sempre prezando as normas cogentes.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho trazem a seguinte arguição:

[...] argumentam que com o advento do liberalismo, o princípio da autonomia da vontade ganhou mais visibilidade. E colocam sob a mesma égide a autonomia da vontade e o consensualíssimo, uma vez que na atualidade, segundo os autores, é imperativo o reconhecimento pragmático da sinonímia de tais princípios, sob a ideia geral da liberdade de contratar. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006. p. 39).

Ante o exposto, pode-se dizer que o princípio da autonomia da vontade, embora moderado diante da aplicabilidade do princípio da função social dos contratos, permanece como apoio de conhecimento do contrato, pois tais princípios orientam as analogias contratuais atuais.

Conforme já mencionado pelos doutrinadores supracitados, a autonomia da vontade pode ser entendida como uma liberdade contratual dos contratantes, tendo a oportunidade de firmar livremente, da melhor forma dentre eles e mediante acordo de vontades, determinado objeto/coisa de seu interesse, gerando efeitos diante da ordem jurídica.

A supremacia da ordem pública é um dos princípios que restringe a autonomia da vontade. “Embora a regra seja a autonomia da vontade, há restrições impostas por leis de interesse social, impedindo as estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, [...]” (RIZZARDO, 2008, p. 22).

Conforme este princípio, o interesse da sociedade deve prevalecer sobre o interesse individual. Carlos Roberto Gonçalves classifica a ordem pública como:

[...] uma cláusula geral, que está no nosso ordenamento por meio do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, regra de direito internacional privado que retira eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva da ordem pública. (GONÇALVES, 2011).

A noção de ordem pública, como de bons costumes, apresenta dificuldade de conceituação precisa. Com o intuito de dar maior clareza, Silvio Rodrigues diz que “ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe a sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares.” (RODRIGUES, 2003, p. 16).

Ao introduzirmos no princípio consensualista, menciona-se que o mesmo é de simples entendimento, pois basta um acordo entre duas ou mais pessoas de livre arbítrio para que o contrato seja válido, extinguindo qualquer tipo de formalização para a validação do mesmo, diferente dos princípios tratamos até o momento.

Nesse sentido, trazemos o ensinamento de Carlos Alberto Bittar que diz que:

[...] sendo o contrato corolário natural da liberdade e relacionado à forma disciplinadora reconhecida à vontade humana, tem-se que as pessoas gozam da faculdade de vincular-se pelo simples consenso, fundadas ademais, no princípio ético do respeito à palavra dada e na confiança recíproca que as leva a contratar. Com isso, a lei deve, em princípio, abster-se de estabelecer solenidades, formas ou fórmulas que conduzam ou qualifiquem o acordo, bastando para si a definição do contrato, salvo em poucas figuras, cuja seriedade de efeitos exija a sua observância (como no casamento, na transmissão de direitos sobre imóveis. (BITTAR, 1994, p. 455).

Ainda sobre o princípio do consensualismo cabe mencionar que o mesmo advém do consentimento de ambas as partes para que haja contrato, lembrando que nos demais contratos também vigoram este princípio, pois em regra ninguém é forçado a vender ou comprar algo que não deseja.

De acordo com Paulo Nader:

Este princípio diz respeito ao modo pelo qual se opera a formação dos contratos e não ao seu conteúdo. O simples acordo de vontades, ou consenso entre as partes, possui efeito gerador das obrigações contratuais. (NADER, 2008, p. 28).

No entanto, pode-se entender que basta o simples consenso entre as partes para que se faça a concretização do contrato, independentemente da entrega da coisa.

Logo, no princípio da obrigatoriedade, pode-se aludir que ele traz uma analogia clara e prática, pois diante dos contratos firmados entre as partes, os contratantes ficam vinculados àquilo que contrataram, devendo adimplirem com as cláusulas nele inseridas.

Como bem mencionado por Flávio Tartuce, dentro dessa realidade, o princípio da força obrigatória ou obrigatoriedade das convenções continua previsto em nosso ordenamento jurídico, mas não mais como regra geral, como antes era concebido. A força obrigatória constitui exceção à regra geral da socialidade, secundária à função social do contrato, princípio que impera dentro da nova realidade do direito privado contemporâneo (TARTUCE, 2014).

Cabe ressaltar que, conforme o entendimento de Gonçalves, o princípio da obrigatoriedade:

[...] Continua sendo imprescindível que haja segurança nas relações jurídicas criadas pelo contrato, tanto que o Código Civil, ao afirmar que o seu descumprimento acarretará ao inadimplente a responsabilidade não só por perdas e danos, mas também por juros, atualização monetária e honorários advocatícios (art. 389), consagra tal princípio, ainda que implicitamente. (GONÇALVES, 2011, p. 50).

Verifica-se então que a obrigatoriedade no cumprimento das cláusulas contratuais confere segurança ao negócio jurídico e, devido a essa intangibilidade, o contrato não deve ser modificado pelas partes ou terceiros envolvidos (GOMES, 2007).

No tocante ao princípio da relatividade, apesar deste princípio não se encontrar expresso no ordenamento brasileiro, ele demonstra ser igualmente importante, pois determina que no contrato vincule apenas os contratantes e imputa obrigações somente a eles, não recaindo sobre terceiros estranhos à relação contratual (BERALDO, 2011).

Pelo princípio da relatividade, segundo elucidado pelos doutrinadores, pode-se dizer que ele só irá produzir efeitos entre as partes, que manifestarem vontade ao referido conteúdo, lembrando que não afeta terceiros nem seu patrimônio, portanto o contrato tem efeitos apenas a respeito das coisas que caracterizam a prestação.

Sílvio Venosa ao analisa o princípio da seguinte forma:

Esse princípio de relatividade não se aplica tão somente em relação às partes, mas também em relação ao objeto. O contrato sobre bem que não pertence aos sujeitos não atinge terceiros. Essa regra geral de também sofrer exceções. (VENOSA, 2014, p. 410).

É importante salientar que a relatividade decorre do princípio da autonomia da vontade. Santiago elucida que o estudo da relatividade dos efeitos dos contratos envolve a questão dos efeitos contratuais do ponto de vista subjetivo, ou seja, em relação às pessoas que esses efeitos atingem, no sentido ativo, passivo ou quanto à oponibilidade (SANTIAGO, 2005).

Segundo Fábio Coelho, pelo princípio da relatividade, o contrato gera efeitos apenas entre as partes por ele vinculadas, não criando, em regra, direitos ou deveres para pessoas estranhas à relação [...]. (COELHO, 2007).

Na lição de Gagliano e Pamplona Filho retiram-se ainda outras exceções ao princípio da relatividade, que são o contrato com pessoa a declarar e ainda os casos onde é necessária a relativização do princípio da relatividade subjetiva, por exemplo, quando se constata a violação de regras de ordem pública e interesse social (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

Assim diante do que foi tratado, pode-se dizer que o direito contratual possui princípios próprios, os quais devem ser considerados em todas as fases do contrato. Lembrando que o direito contratual sofreu várias alterações, tornando assim os princípios contratuais interligados entre si, conforme foi comentado neste tópico.

1.1 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO

Neste tópico iremos tratar da natureza jurídica do contrato, a qual se divide basicamente entre fato jurídico, negócio jurídico e ato jurídico, sendo que iremos especificar cada um deles, com o intuito de dar maior clareza à presente monografia, utilizando-se de conceitos doutrinários com uma linguagem mais compreensível.

Para Norberto Carride:

Os fatos jurídicos são aqueles que repercutem no direito, provocando a aquisição, a modificação ou a extinção de direitos subjetivos. Conceito mais antigo, mas nem por isso menos importante, vem de Savigny que expressa

que fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem. (CARRIDE, 1997, p. 3).

José Abreu Filho traça o liame para que o fato seja ou não considerado jurídico, observando que “um mesmo acontecimento poderia ser jurídico ou material, diferenciando-se um do outro pela produtividade de efeitos jurídicos, peculiar ao primeiro e inexistente no segundo.” (ABREU FILHO, 1997, p. 4).

Segundo Mirada:

Fato jurídico é o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não decorra eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade. A oferta é fato jurídico, pois produz efeitos jurídicos. A aceitação também os produz, porque é fato jurídico. O contrato que delas surge é fato jurídico, com suporte de dois fatos jurídicos, pois a regra jurídica incide sobre dois suportes fáticos, em correlação, dando ensejo, assim, à bilateralidade. (MIRANDA, 2000, p. 77).

Apenas para ilustrar a gama de classificações, apresenta-se a visão de Vicente Ráo para quem:

[...] o conceito de fato jurídico três categorias compreende, a saber: os fatos ou eventos exteriores que da vontade do sujeito independem; os fatos voluntários cuja disciplina e cujos efeitos são determinados exclusivamente por lei; os fatos voluntários (declarações de vontade) dirigidos à consecução dos efeitos ou resultados práticos que, de conformidade com o ordenamento jurídico, deles decorrem. (RÁO, 1981 p. 20)

Todas as ações das pessoas, que são juridicamente relevantes para o Direito, são consideradas como fatos jurídicos e são também denominados fatos jurídicos em sentido amplo. De acordo com Maria Helena Diniz: “É o acontecimento, previsto em norma jurídica, em razão do qual nascem, se modificam, subsistem e se extinguem relações jurídicas.” (DINIZ, 2009, p. 399).

Segundo Gonçalves:

Negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos, tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. (GONÇALVES, 2011, p. 320).

Entende-se que negócio jurídico, além de fazer parte da espécie de fato jurídico tem uma proximidade com a relação jurídica, visto que o negócio jurídico

nada mais que é que a livre vontade de ambas as partes, tendo algo que cria um vínculo entre dois ou mais sujeitos de direito, gerando assim direitos e obrigações entre ambas as partes.

Ainda sobre negócio jurídico incumbe-se dizer que os efeitos jurídicos são citados no ato da negociação e dispostos de maneira simples, lembrando sempre da boa-fé dos envolvidos. Desta forma, entende-se necessária, para que ocorra negociação, a vontade das partes e algo de finalidade sendo objeto lícito.

Segundo Pontes de Miranda:

[...] negócio jurídico está em servir à distinção entre negócio jurídico e ato jurídico não-negocial ou *stricto sensu*, naqueles casos em que o suporte fático do ato jurídico *stricto sensu* consiste em manifestação de vontade. Frisemo-lo bem: manifestação de vontade, para que não incorramos no erro de definirmos como coextensivos, superponíveis de modo completo a manifestação de vontade (suporte fático) e o negócio jurídico, que é apenas uma das classes dos atos jurídicos em que há, como elemento fático, manifestação de vontade. (MIRANDA, 2000, p. 29).

Conforme elucidado por Miranda, os negócios jurídicos são manifestações de vontades, compostos por negócio jurídico, fato jurídico e ato jurídico, ou seja, é um conjunto de fatos e eventos, nos quais geram vínculo entre dois ou mais sujeitos, que provocam efeitos jurídicos.

Ainda cabe ressaltar a figura do negócio jurídico que tem o contrato como sua espécie por excelência, nas palavras de Rizzardo:

[...] equivalente a uma declaração de vontade de uma ou mais pessoas capazes, com um sentido ou objetivo determinado, visando a produção de efeitos jurídicos relativamente a terceiros, desde que lícitos e não que ofendam a vontade declarada e o ordenamento jurídico. (RIZZARDO, 2008, p. 04).

Logo, pode-se dizer que os contratos ocupam o principal lugar entre os negócios jurídicos e são exatamente aqueles em que as pessoas acordam os seus negócios, estabelecendo, modificando ou extinguindo qualquer vínculo jurídico.

O ato jurídico, espécie de fato jurídico, tem como principal característica a presença da vontade humana. Nesse sentido, já lembrava Vicente Ráo:

O ato jurídico desde logo se distingue dos demais fatos voluntários lícitos pela maior relevância da vontade, isto é, da vontade que visa a alcançar, direta e imediatamente, os efeitos práticos protegidos pela norma e recebe desta o poder de autor-regulamentar os interesses próprios do agente (...)

Consiste, pois, o ato jurídico na declaração dispositiva e preceptiva da vontade autônoma do agente, dirigida direta e imediatamente à consecução dos resultados práticos, individuais e sociais produzidos pelos efeitos que o ordenamento lhe confere (RÃO, 1979, p. 29-30).

Esse ato, com vontade humana manifesta, como mencionado alhures, divide-se em ato jurídico *strictu sensu* e em negócio jurídico. No primeiro, também denominado ato não-negocial, a expressão da vontade apenas se limita a compor o suporte fático de certa categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, razão pela qual são invariáveis e inexcluíveis pelo querer dos interessados (MELLO, 2003).

Rizzardo faz a seguinte explanação:

[...] o ato jurídico em si não visa uma declaração de vontade programada, com efeitos jurídicos determinados, mas efeitos jurídicos de modo geral e restritos na órbita pessoal do indivíduo. Evidentemente, contrato é enquadrado na categoria dos negócios jurídicos. (RIZZARDO, 2008, p. 04).

No tocante a ato jurídico, de forma simples e objetiva, podemos dizer que é um conjunto de atos e efeitos manifestados pelo cidadão, os quais irão objetivar determinados efeitos judiciais. Conforme já elucidado pelos doutrinadores acima, ato jurídico nada mais é que uma ação/prática da parte, demonstrando a outra sua intenção.

Segundo Silvio Salvo Venosa, os atos jurídicos dividem-se em atos lícitos e ilícitos. Afasta-se, de plano, a crítica de que o ato ilícito não seja jurídico. Nessa classificação, leva-se em conta os efeitos dos atos para melhor entendimento, considerando-se os atos ilícitos como parte da categoria de atos jurídicos, não considerando o sentido intrínseco da palavra, pois o ilícito não pode ser jurídico. (VENOSA, 2014).

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Indagando a respeito da natureza jurídica de determinada figura, deve o estudioso do direito cuidar de apontar em que categoria se enquadra, ressaltando as teorias explicativas de sua existência [...]. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 191).

Os juristas, ao se indagarem pela natureza jurídica de um instituto, buscam encontrar sua particularidade, para combinar-se em alguma das categorias gerais do direito, com a finalidade de decidir as normas aplicáveis ao mesmo.

De fato, resta assim evidenciada a importância de buscar a natureza de um instituto, uma vez que ao se subsumir a uma categoria já existente, passe a ter características e causar efeitos próprios da situação jurídica em que se está.

Diante disso, conforme foi esclarecido, a natureza jurídica se divide em 3 partes: fato jurídico, negócio jurídico e ato jurídico, como se pode observar que ambos estão interligados e com algumas semelhanças em determinados aspectos.

O próximo tópico trata da função social do contrato, onde apresenta de forma clara e objetiva suas características.

1.2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O presente tópico irá tratar da função social do contrato, o qual vai abordar a relação contratual, sua aplicabilidade, o que de fato está previsto no ordenamento jurídico sobre a matéria tratada, benefícios trazidos à sociedade como um todo, sendo que a função social visa garantir uma relação contratual justa.

O princípio da função social do contrato, previsto no art. 421 do Código Civil, é assim delineado: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (C.C, 2002). A propósito, segundo a lição de Carlos Roberto Gonçalves, “a função social do contrato constitui, assim, princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos.” (GONÇALVES, 2011, p. 25).

A função social traz consigo valores de ordem jurídica, social, econômica e moral. “É necessário, pois, vislumbrar a relação do contrato com o seu contexto social e não apenas sob o prisma individual relativo aos contratantes, porque o contrato passou a interferir negativa e positivamente, também, em relação à coletividade.” (NERY JUNIOR, 2003, p. 336).

Para dar início à função social dos contratos é necessário primeiro atentar ao conceito de função social, a qual Flávio Tartuce menciona com acuidade:

A função social do contrato, preceito de ordem pública, encontra fundamento constitucional no princípio da função social do contrato lato sensu (arts. 5º, XXII e XXIII e 170, III), bem como no princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na busca de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I) e da isonomia (art. 5º, caput). Isso, repita-se, em uma nova concepção do direito privado, no plano civil-constitucional, que deve guiar o civilista do nosso século, seguindo tendência de personalização. (TARTUCE, 2014).

Carlos Roberto Gonçalves, defendendo o caráter restritivo da função social do contrato, diz que “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 prevaleçam.” (GONÇALVES, 2011, p. 25).

Nelson Nery Junior afirma que a função social dos contratos possui a condição de cláusula geral, de modo que:

O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, art. 3º, I) e da justiça social (CF, art. 170 caput) e da livre-iniciativa, respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV) etc. (NERY JÚNIOR, 2003, p. 336).

A função social dos contratos detém uma análise cuidadosa, porque versa sobre um conceito indeterminado, conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ao demonstrar a importância dos princípios da função social do contrato, da equivalência material e da boa-fé objetiva:

A grande contribuição da doutrina civil moderna foi trazer para a teoria clássica do direito contratual determinados princípios e conceitos, que, posto não possam ser considerados novos, estavam esquecidos pelos civilistas. Como se pode notar, tratam-se de cláusulas gerais ou conceitos abertos (indeterminados) que, à luz do princípio da concretude, devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2006, p. 49).

O princípio da função social dos contratos confronta os princípios clássicos da relatividade, o da liberdade contratual bem como o paradigma da autonomia da vontade. Tendo em vista que a alienação fiduciária se resume em uma relação jurídica eminentemente contratual não há como deixar de realizar algumas ponderações acerca deste lapidar o princípio da função social do contrato.

Nesta linha Santiago tratar do assunto da seguinte forma:

A orientação moderna no campo do direito das obrigações visa realizar melhor equilíbrio social, não apenas no sentido moral de impedir a exploração do mais fraco pelo mais forte, mas, ainda de sobrepor o interesse coletivo, no qual se insere a harmonia social, ao interesse individual, de cunho meramente egoístico. (SANTIAGO, 2005, p. 75).

Pode-se observar que esta socialização tem a finalidade de corrigir o entendimento contratual abusivamente individualista, pois agora os interesses coletivos são superpostos aos interesses puramente particulares.

O conceito de função social é amplo e indefinido, o que privilegia a exegese do magistrado ao conceder tutela jurisdicional eventualmente invocada por uma das partes contratantes, motivo pelo qual tal conceito deve ser preenchido pelo juiz no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa. (GAGLIANO, 2006, p. 49).

Diante deste princípio, os contratos tendem a ser regidos pelo seu escopo existencial, embora sucessivamente em observância dos valores essenciais que buscam exercer, desta forma, a sua razão de ser. Neste segmento, pode-se dizer que “a função social busca, além da continuidade da relação contratual, a proteção da parte vulnerável, repelindo, por conseguinte, os eventuais abusos ao direito que possam surgir.” (HELLER; VIEIRA, 2013, p.448).

No entendimento de Mariza, a mesma frisa maior clareza ao assunto.

Na nova concepção de contrato, frente ao CDC e ao novo CC, não mais importa somente a manifestação de vontade dos contraentes, devendo-se levar em conta também os efeitos deste na sociedade, bem como a condição econômica e social dos participantes da relação jurídica. Na busca deste novo equilíbrio, o direito terá um papel destacado na busca da delimitação imposta pela lei, que também será legitimadora da autonomia de vontade das partes, passando a proteger determinados interesses, agora não de cunho individual, mas de interesse social, valorizando a confiança do vínculo de contratação, as expectativas e a boa-fé. (ROTTA, 2008, p. 207).

Ainda, Humberto Theodoro Júnior afirma que, mesmo estando presente na lei, “a função social do contrato não se encontra devidamente disciplinada, cabendo à jurisprudência apurar e perceber sua presença dentre os inúmeros princípios de ordem social e econômica na Constituição Federal.” (THEODORO JÚNIOR, 2004. p. 93).

Caso um cidadão resolva contratar algo, o mesmo deverá tomar as devidas precauções, “ele deverá levar em conta os fatores econômicos, jurídicos e sociais que cercam a outra parte e o tratado, sendo cauteloso, pois o desequilíbrio pode se dar logo de início, no momento da celebração do acordo.” (SANTOS, 2004. p. 210).

Confluindo para tal entendimento da função social do contrato, alicerçada na função social da propriedade, a doutrina de Gagliano e Pamplona Filho assim dispõe: “o contrato é figura que acompanha as mudanças de matizes da

propriedade, experimentando inegável interferência deste direito." (GAGLIANO, 2006, p. 47).

Caio Pereira descreve de maneira bastante clara e sucinta:

A função social do contrato é um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos do contrato, que são a autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos. Como princípio novo, ele não se limita a se justapor aos demais, antes pelo contrário, vem desafiá-los e em certas situações impedir que prevaleçam, diante do interesse social maior. (PEREIRA, 2011, p. 13).

É inegável nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de direito, não de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos. (THEODORO JUNIOR, 2004).

Como se pode perceber o referido tópico fez uma abrangência sobre a temática da função social do contrato, conceito e os princípios que regem dentre diversos posicionamentos doutrinários sobre o tema exposto, com o intuito de proporcionar maior clareza sobre o assunto ao leitor.

Dando continuidade, o tópico seguinte irá tratar da boa-fé objetiva e subjetiva, aludindo suas respectivas diferenças.

1.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUBJETIVA

O presente tópico tem o intuito de tratar o princípio da boa-fé objetiva e subjetiva, iremos trazer vários entendimentos doutrinários para que se possam evidenciar visões devidamente que têm versado em um forte objeto de discussão entre os estudiosos do direito, no entanto, apesar de já ter sido aplicado, o mesmo desempenha um papel indispensável na aplicabilidade da legislação atual referente à matéria de contratos.

Esses princípios constituem a base para o ordenamento jurídico-brasileiro aplicados com igualdade nas relações contratuais. Observa-se assim que “o princípio da boa-fé objetiva, por conseguinte, diz respeito à conduta de probidade e lealdade que as partes devem manter durante todas as fases contratuais.” (HELLER; VIEIRA, 2013, p. 447-448).

Nelson Rosenvald conceitua o princípio da boa-fé objetiva como:

O princípio da boa-fé objetiva – circunscrito ao campo do direito das obrigações – é o objeto de nosso enfoque. Compreende ele um modelo de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte. [...] Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer que a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros de honestidade e retidão. Por isso, a boa-fé objetiva é fonte de obrigações, impondo comportamentos aos contratantes, segundo as regras de correção, na conformidade do agir do homem comum daquele meio social. (ROSENVALD, 2009, p. 458).

Para o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar, pode-se definir boa-fé como um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Ele gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos, a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença (AGUIAR, 1994).

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery definem:

A boa fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica de agir com retidão nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. (NERY JUNIOR, MARIA DE ANDRADE, 2003).

A boa-fé objetiva é talvez o mais importante princípio do direito contratual contemporâneo, logo pode-se dizer que é praticamente um dever da parte que está efetuando um negócio, ser honesta, transparente e sem qualquer intuito de praticar algo injusto, tornando frustrante a referida negociação, pois impõe às partes, ainda na ausência de previsão legal ou contratual, o dever de agir lealmente.

Sobre esse assunto, Cláudia Lima Marques destaca que:

O caput do art. 4.º do CDC menciona, além da transparência, a necessária harmonia das relações de consumo. Esta harmonia será buscada através da exigência da boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor. Segundo dispõe o art. 4.º do CDC inciso III, todo o esforço do Estado, ao regular os contratos de consumo, deve ser no sentido de harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (MARQUES, 2011, p. 799).

Nesse contexto, a boa-fé objetiva amolda-se nos contratos com um entendimento de reciprocidade, lealdade, cooperação e transparência entre as partes contratantes, inserindo assim, uma visão menos individualista e mais abrangente nas relações contratuais.

Humberto Theodoro Júnior tem o seguinte entendimento:

A boa-fé objetiva se insere no âmbito interno da relação contratual. Não somente deve esse pacto ser observado dentro do contrato o qual ele alcança, na sua celebração e execução, mas em todo o âmbito externo dele também. Seria fatal não se atentar à boa-fé objetiva nas demais fases do contrato, pois poderia resultar na má-fé de uma das partes. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 17).

Para que possamos esclarecer o princípio da boa-fé objetiva, pensamos da seguinte forma, digamos que o mesmo deva estar em conjunto com o interesse social das relações jurídicas, sendo assim as partes devem agir com fidelidade, integridade e honestidade durante todo o trâmite das negociações: o início, o meio e ao final deste trâmite.

Conforme Judith Martins-Costa, nesse âmbito:

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, (...). Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard de tipo meramente subjuntivo. (MARTINS-COSTA, 2005, p. 411).

Na boa-fé subjetiva o manifestante de vontade crê que sua conduta seja correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele, há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado. A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um

padrão de conduta comum do homem médio naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos (VENOSA, 2014).

De acordo com Vitor Kümpel:

A Boa-Fé Subjetiva, como o próprio nome diz, é uma situação interior da pessoa, um estado psicológico, em que ela crê estar agindo de forma correta. Na realidade, a pessoa está agindo de forma irregular e lesando o direito de outrem. A Boa-fé Subjetiva está fundada em uma ignorância ou mesmo em um erro sobre a verdadeira situação jurídica. A pessoa é levada a crer na juridicidade de sua conduta. Assim, tem-se um estado psicológico de absoluta credibilidade da pessoa, que desconhece as circunstâncias do ato praticado. Esse estado psicológico serve para aquisição de direitos. [...]. (KÜMPEL, 2008, p. 27).

A boa-fé subjetiva e a objetiva possuem a mesma ideia de impor a confiança, no entanto, na subjetiva a confiança é expressada, porém de uma forma ilusória, já na objetiva a de quem esperou que a outra parte agisse de acordo com os padrões de conduta correta. Sendo assim, as duas possuem um elemento subjetivo, mas só na boa-fé objetiva existem dois elementos, que é o dever de conduta do outro.

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

A boa-fé subjetiva esteve presente no Código de 1916, com a natureza de regra de interpretação do negócio jurídico. Diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos, sendo levada em consideração pelo direito para todos os fins específicos da situação regulada. Serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra a realidade. (GONÇALVES, 2011, p. 55).

Na boa-fé subjetiva, o sujeito se contradiz psicologicamente à má-fé, convencendo-se de que não está agindo como forma de prejudicar os demais na relação jurídica. Tendo assim uma definição negativa, pois a pessoa afirma, pela boa-fé subjetiva, que não sabia das características do negócio, que tornariam o mesmo inválido, usando esse desconhecimento a seu favor.

Por isso, a boa-fé subjetiva tende a ser casuísta e seus casos de aplicação costumam estar expressamente previstos em lei. Outro exemplo de aplicação da boa-fé subjetiva é aquele a que trataos acima, a respeito da proteção do terceiro que

adquire coisa penhorada, mas cuja penhora não foi objeto de registro, como exige o art. 659, §4º do Código de Processo Civil (ASSIS NETO, 2014).

Conforme Judith Martins-Costa, nesse âmbito:

A expressão “boa-fé subjetiva” denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem. (MARTINS-COSTA, 2005, p. 411).

A boa-fé subjetiva consiste em crenças internas, conhecimentos, desconhecimentos ou convicções internas. “Num primeiro plano, a boa-fé subjetiva implica a noção de entendimento equivocado, em erro que enreda o contratante.” (GONÇALVES, 2011, p. 56). Consiste, basicamente, no desconhecimento de situação adversa. Quem compra de quem não é dono, sem saber, age de boa-fé no sentido subjetivo.

Diante disso, encerramos o 1º capítulo, o qual teve como tópico principal os elementos fundamentais da doutrina contratual, assim desencadeando outros três subtítulos com o intuito de seguir uma sequência de assuntos relacionados, sendo que um complementa o outro, tratando com maior clareza o tema abordado.

A seguir, para darmos continuidade ao trabalho, o 2º capítulo dará ênfase ao seguinte tema: do contrato de alienação fiduciária e a teoria do adimplemento substancial. Este capítulo versa sobre a alienação fiduciária, a teoria do adimplemento substancial e sua aplicabilidade. Reportamos também alguns aspectos importantes que o CDC traz ao consumidor.

2 DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Neste capítulo pretende-se evidenciar a alienação fiduciária, com sua conceituação, natureza jurídica e principais características. Para tanto, far-se-á uma breve exposição acerca dos elementos jurídicos originários que, no decorrer da história, surgiram e se modificaram.

Será tratada também a teoria do adimplemento substancial, onde serão expostos aspectos relevantes sobre a sua devida aplicabilidade, do Código de Defesa do Consumidor. E ao final será feita uma análise jurisprudencial, onde poderemos ver as divergências do Poder Judiciário diante do tema tratado.

2.1 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A alienação fiduciária originou-se do Direito Romano, embora não haja consenso pelos doutrinadores quanto a sua origem histórica. Há divergência doutrinária quanto à procedência da alienação fiduciária, por ter sofrido forte influência de três sistemas jurídicos: o romano, o alemão e o inglês (MARTINEZ, 2006).

Sobre a origem da Alienação Fiduciária no Brasil, acrescenta-se:

Sua introdução no sistema jurídico brasileiro se deu através do art. 66 da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, tendo se instaurado, via de consequência, grande celeuma em torno da ação adequada para obter-se a execução da propriedade fiduciária, e isto porque, rezava o §2º do artigo 66 dessa lei, que, “o instrumento da alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente de sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades do depositário”, o que resultava no entendimento de que, cabível seria a reintegratória, ou em decorrência do §8º do citado artigo, que se encontrava vazado nos seguintes termos. “o proprietário fiduciário ou aquele que comprar a coisa poderá reivindicá-la do devedor ou de terceiros. No caso do §5º deste artigo”, a despeito do contrato o credor não entrará na posse da coisa, que permanecia com o devedor. (GOMES, 2007).

A espécie de negócio jurídico chamada de alienação fiduciária em garantia surgiu no Brasil com o escopo de oportunizar a expansão do crédito aos consumidores, promovendo assim, o consumo no país.

Já a fidúcia para os germânicos surgiu com o ato do fiduciário que ao receber a titularidade de um direito do fiduciante, alienava o direito sem causa que

justificasse a aquisição por parte do adquirente que, por essa razão, em certas ocasiões, obrigava-se a restituí-lo (MARTINEZ, 2006).

Do mesmo modo pode-se dizer que:

A alienação fiduciária é um contrato que visa à constituição de um direito real acessório de garantia. Sua natureza jurídica, portanto, é de um contrato com efeitos reais. O fiduciário é proprietário resolúvel, sem os atributos de uso e disposição do bem, próprios da propriedade plena. (SAAD, 2001, p. 40).

Para os defensores da origem anglo-saxã, a alienação fiduciária em garantia era utilizada na prática bancária dos países de língua inglesa, principalmente no comércio de importação e exportação. Eles defendiam a ideia de que este foi instituído para o financiamento dos revendedores de bens duráveis pelo sistema *flor planning* (GOMES, 2007).

Lecionando sobre alienação fiduciária, Silvio de Salvo Venosa sustenta que:

De fato, a Lei nº 4.728/65, estruturadora do mercado de capitais, criou o instituto, que ganhou contornos materiais e processuais definitivos com o Decreto-lei 911/69, que alterou a redação do art. 66 da referida lei e em seus nove artigos disciplinou a garantia fiduciária, cuja experiência demonstrou ser muito útil no mundo negocial. (VENOSA, 2014. p. 396).

Ainda sobre alienação fiduciária, há de salientar que, um dos principais objetivos do contrato de alienação fiduciária é ter uma determinada garantia do bem móvel ou imóvel diante do devedor. Acredita-se que o mesmo arque com suas obrigações estipuladas em contato, porém caso mesmo não as cumpra, a alienação fiduciária é um direito real de garantia.

Nesse mesmo sentido define Orlando Gomes:

Em sentido lato, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação ou lhe seja pedida a restituição. (GOMES, 2007, p. 18).

Entende-se que a alienação fiduciária em garantia acontece na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade e da posse indireta de um bem infungível ou de um bem imóvel, tendo como garantia de seu débito, assim

resolvendo o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, estando de certa forma assegurado o pagamento da dívida.

Nesse sentido, Flávio Tartuce afirma que “a alienação fiduciária convenção produz efeitos contratuais *inter partes* e da qual surge a propriedade fiduciária, está entendida como direito real de garantia com eficácia erga omnes [...]” (TARTUCE, 2014, p. 451).

Desse modo, vê-se que enquanto a alienação fiduciária seja o instrumento contratual que visa à formação da garantia fiduciária, a propriedade fiduciária será a própria garantia. Em simples termos, pode-se afirmar que a segunda é resultante e originária da primeira, dependendo desta para vir à existência.

Como entendem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Aliás, não podemos negar o fato de a propriedade fiduciária ser verdadeiro direito real de garantia, assim como hipoteca e penhor. Contudo, tratando-se de uma nova roupagem de direito de propriedade, preferimos estudar este modelo jurídico ao lado das demais formas diferenciadas de propriedade, como a propriedade resolúvel, aparente e superficiária. (FARIAS, ROSENVALD, 2008, p. 699).

Trata-se de instituto pelo qual o devedor de uma obrigação principal, através de um contrato de mútuo, oferece garantia de que certamente irá honrar com a sua obrigação e saldar integralmente sua dívida. Neste caso, o devedor transfere ao credor a propriedade com a garantia de que após quitar a dívida retomará o bem (DANTZGER, 2007).

Podemos mencionar que o contrato de alienação fiduciária nada mais é que uma segurança ao credor, partindo do pressuposto que ao firmar contrato de compra e venda com a outra parte, acredita-se que ele esteja agindo de boa-fé. No entanto, caso o comprador/devedor não pague todo o montante conforme acertado, o credor ainda tem a possibilidade da retomada do bem.

De acordo com Maria Helena Diniz:

Alienação fiduciária em garantia consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível (CC, art. 1.361) ou de um bem imóvel (Lei n. 9.514/97, arts. 22 a 33), como garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida. (DINIZ, 2009, p. 545).

Tem-se, portanto, que a alienação fiduciária em garantia resume-se num negócio jurídico que possui como conteúdo um direito real de garantia sobre coisa própria, através do qual as partes ajustam entre si a transferência do domínio de determinado bem cuja posse direta passa-se ao devedor fiduciante, proprietário sob condição suspensiva, sendo que a posse indireta e a propriedade resolúvel são transpassadas ao credor fiduciário de forma a garantir o total cumprimento das obrigações aquisitivas.

2.2 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Propõe-se neste tópico a verificação da teoria do adimplemento substancial, a qual será apontada suas raízes históricas no direito que levaram à aparição, no ordenamento jurídico pátrio, parâmetros para aplicação, bem como as consequências jurídicas de sua adoção, notadamente no que toca às lides decorrentes de inadimplência do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel.

Conforme cita-se Eduardo Luiz Bussatta:

Justifica-se a teoria do adimplemento substancial da obrigação, porque, com a industrialização e produção em massa, assim como com as novas práticas comerciais em que predomina o contrato de adesão, a autonomia da vontade da parte deixou de ser absoluta, implicando nova visão aos contratos no que se refere ao seu cumprimento. (BUSSATTA, 2008, p. 2).

Entende-se que a teoria do adimplemento substancial vem anualmente ganhando seu espaço no direito contratual brasileiro atual. Com base nessa teoria, o autor supracitado entende que a mesma deve ser imposta quando o contrato estiver praticamente cumprido, restando apenas um valor irrisório com relação ao contrato. Com a aplicação da teoria, não caberá a extinção do contrato, e sim a opção de meios judiciais para cobrança do valor do débito pendente.

Segundo a teoria do adimplemento substancial, o cumprimento bem próximo do resultado final afasta o direito de resolução do contrato, previsto no art. 475 do Código Civil, restando ao credor apenas o direito de pedir a execução da prestação inadimplida, acrescida das perdas e danos, se for o caso (MARTINS-COSTA, 2005).

A teoria do adimplemento substancial atua como limite ao direito formativo de resolver, conferindo ao credor, à medida que a ausência de limites possa levar a

situações de manifesta injustiça, especialmente naquelas situações em que a quase totalidade do programa obrigacional foi cumprida pelo contratante ou, contrariamente, tendo a outra parte obtido a quase totalidade do proveito que almejava ao contratar (BUSSATTA, 2008).

Nos ensinamento de Vivian Ly Porto:

[...] Para que o adimplemento seja considerado substancial, é necessária a configuração dos seguintes elementos: boa-fé objetiva expressa nas ações de ambos contratantes; imprevisibilidade; ausência de gravidade no inadimplemento da parte mínima da obrigação; satisfação dos interesses da parte adimplente; utilidade da prestação mesmo diante do inadimplemento sem pouca importância; e proporcionalidade razoável do adimplemento substancial em relação ao programa contratual. (SILVA, p. 155-156).

A teoria do adimplemento substancial nada mais é que o cumprimento parcial de sua obrigação contratual, o que se equivale praticamente com 80 a 85 % concluso, justificando-se do porquê do não cumprimento. A teoria do adimplemento substancial tem como pilar impedir que o credor venha solicitar a busca e apreensão do bem em contrato, caso ocorra o cumprimento significativo do mesmo.

Isso porque, se a obrigação foi substancialmente adimplida, o pedido de resolução não trará nenhum benefício legítimo ao credor, apenas prejuízos para o devedor que, tendo praticamente satisfeito a totalidade da obrigação, verá tudo retornar ao *status quo ante* (BECKER, 1993).

Entretanto, o termo inadimplemento é empregado com o propósito de nomear a falta de cumprimento. Assim, “o inadimplemento é a não realização da obrigação, conforme prevista, independente do motivo ou causa, seja total ou parcial. Uma vez que se constituem deveres laterais decorrentes do princípio da boa-fé objetiva.” (MARTINS, 2011, p. 22).

Segundo Didier Junior (2009, p.58) “uma aplicação da vedação ao abuso do direito é a chamada teoria do adimplemento substancial.”. Do mesmo modo, o autor citado afirma que:

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. (DIDIER JUNIOR, 2009, p.59).

Contudo, para que seja aplicada a teoria do adimplemento substancial, se faz necessário o cumprimento significativo da prestação obrigacional. Nessa premissa, observa-se que quando se trata de argumentos para se utilizar essa teoria, os aplicadores têm validado os princípios da função social e da boa-fé objetiva por se constituírem balizadores das relações contratuais (HELLER; VIEIRA, 2009).

Nesse sentido, conceitua Jones Figueiredo Alves:

[...] 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 contrato. (ALVES, 2005 p. 406).

Nesse sentido, no adimplemento substancial do contrato a manutenção do acordo se mostra muito mais benéfica para as partes do que a sua extinção, se levar em consideração o tempo e os recursos que são gastos no cumprimento do pacto. Assim, a aplicação da teoria do adimplemento substancial se aplica na concretização do princípio da função social dos contratos (CLARINDO, 2011).

Em contraponto, o entendimento de Bruno Miragem sobre o tema é:

Destarte, a resolução contratual advém do direito do credor diante do inadimplemento de qualquer das parcelas por parte do devedor. No entanto, ao versar sobre a inadimplência do consumidor, o CDC, assim como as mais recentes jurisprudências e doutrinas que tratam do assunto, estão encontrando outras maneiras de decidir essas demandas, adaptando o entendimento no sentido de que uma das partes, no caso o consumidor, é considerada elemento vulnerável dessa relação, e, portanto, deve-se amoldar o direito do credor na resolução do contrato. Porém, isso não significa que o fornecedor fique desamparado nos casos de inadimplência, pois existem outras formas de apenar o consumidor, tais como multas, inscrição no cadastro de inadimplentes e até mesmo cláusula penal. (MIRAGEM, 2014, p. 379-380).

Além disso, analisando ainda o adimplemento substancial sob a ótica do princípio da boa-fé objetiva, há um limiar referente aos direitos subjetivos dos contratantes, atentando-se para que seja cumprido de forma correta, não dando margem ao risco de se tornar abusivo e nem ilegal. Pois para que a teoria do adimplemento substancial seja aplicada deverá conter seus elementos fundamentais.

Entretanto, a teoria do adimplemento substancial vem com intuito de beneficiar o devedor nos caso específicos, pois o mesmo necessita ter alcançado uma porcentagem mínima de cumprimento do contrato que a teoria seja aplicada. No decorrer deste tópico foi esmiuçado o tema proposto, onde foram apresentados vários autores com suas devidas apreciações.

2.3 APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A teoria do adimplemento substancial tem suas particularidades e nasceu como alternativa à resolução contratual, visto que traz o amparo do negócio jurídico em prejuízo a sua ruptura. Embora não tenha base legal, esta teoria tem recebido aplicabilidade no ordenamento jurídico por meio da doutrina e de jurisprudências.

No entendimento de Martins:

Vale retomar que o termo inadimplemento é empregado com o propósito de nomear a falta de cumprimento. Assim, o inadimplemento é a não realização da obrigação, conforme prevista, independente do motivo ou causa, seja total ou parcial. Uma vez que se constituem deveres laterais decorrentes do princípio da boa-fé objetiva. (MARTINS, 2011, p. 22).

A aplicação da doutrina do adimplemento substancial pressupõe a compreensão da relação obrigacional como um compromisso de cooperação entre as partes, ou seja, a obrigação de cumprir o acordado (ALVES, 2005).

Neste sentido, preceitua Becker quando afirma que:

[...] o inadimplemento ou o adimplemento inútil são causas de desequilíbrio porque privam uma das partes da contraprestação a que tem direito. Por isso, se lhe concede o direito de resolução como medida preventiva. Mas, para que haja efetivamente um desequilíbrio, algo que pese na reciprocidade das prestações é necessário que tal inadimplemento seja significativo a ponto de privar substancialmente o credor da prestação a que teria direito. (BECKER, 1993, p. 60-61).

Conforme a autora menciona acima, o adimplemento substancial ainda causa certo desequilíbrio entre as partes, pois o credor tem direito a resolução/extinção do contrato, entretanto o devedor vem buscando a aplicação da teoria do adimplemento nos casos de pagamento significativo do valor contratado.

Esta "(...) corresponde a uma limitação ao direito formativo do contratante não inadimplente à resolução, limite este que se oferece quando o incumprimento é de

somenos gravidade, não chegando a retirar a utilidade e função do contrato.” (BUSSATA apud TARTUCE, 2011, p. 251).

No entanto, entende-se que a aplicação da teoria do adimplemento substancial está, de uma forma ou outra, interligada ao direito real de garantia pelo qual o devedor se aliena ao credor, pois para fins de garantia, a propriedade de um bem, permanecendo o devedor com a posse direta, mas apenas o tornando proprietário integral com a quitação total do débito da obrigação à qual adere.

Contudo, para que seja aplicada a teoria do adimplemento substancial, faz-se necessário o cumprimento significativo da prestação obrigacional. Nessa premissa, observa-se que, quando se trata de argumentos para se utilizar essa teoria, os aplicadores têm se valido dos princípios da função social e da boa-fé objetiva por se constituírem balizadores das relações contratuais (HELLER; VIEIRA, 2009).

No âmbito dos contratos firmados nas relações de consumo, é notória a presença de abusividades para tal forma que o Código de Defesa do Consumidor tem estabelecido maneiras de proteger os consumidores de tais abusos. Almeida nos traz que:

Com o CDC ocorreu a grande mudança, ou seja, foi criado um novo contrato capaz de resguardar os direitos dos consumidores, protegendo-o em relação aos abusos e lesões anteriormente praticados. Daí dizer-se que o contrato passou a ter “função social”, pois não mais cuidava de preservar exclusivamente os interesses dos fornecedores, passando também a considerar a pessoa do consumidor. (ALMEIDA, 2006, p.140).

Para um melhor entendimento, cabe referir que o princípio da boa-fé tem origem no Código de Defesa do Consumidor, pois o mesmo trouxe uma visão que buscou viabilizar a harmonização do contrato de modo em que as cláusulas abusivas não fossem aplicáveis, desde a fase inicial da negociação até a execução do mesmo, protegendo assim o consumidor de sofrer diversos prejuízos.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) deu uma nova visão ao mercado de consumo, instituindo um patamar mais elevado de boa-fé nos contratos. Estabeleceu ainda uma proteção mais abrangente à parte mais vulnerável da relação no mercado econômico brasileiro, trazendo, portanto, uma percepção com um enfoque social mais robusto aos contratos, em que a lei se sobrepõe à vontade das partes dentro da relação contratual (MARQUES, 2011).

Também podemos dizer que o Código de Defesa do Consumidor foi criado como forma de equilíbrio, os consumidores sofriam muito com a disparidade de conhecimento, sendo enganados diversas vezes quando iriam realizar uma negociação. Conforme os entendimentos doutrinados citados, eles próprios afirmam que a criação do CDC foi uma inovação muito boa, proporcionando diversos benefícios para a sociedade em si.

Ainda o CDC “pode ser entendido como um microsistema de normas que rege em conjunto e harmonia ao Código Civil de 2002 e, outras normas, é uma lei que vem dar forma a função social de uma relação de consumo.” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012).

A doutrina do adimplemento substancial trata as relações de consumo que se encontram diante da premissa da boa-fé também aludida no Código de Defesa do Consumidor, conforme o artigo 4º, inciso III:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III. Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre os consumidores e fornecedores. (BRASIL, 1990).

No direito contratual, a boa-fé objetiva molda a nova teoria contratual, exigindo das partes a construção de ambiente de solidariedade, lealdade, transparência e cooperação. O contrato, embora legítimo instrumento para a circulação de riquezas e a satisfação de interesses pessoais, não deve mais ser visto sob ótica individualista. Importa analisar sua função econômica e social (BENJAMIN ET AL, 2008, p. 284).

Nessa perspectiva, a teoria do adimplemento substancial possibilita a concretização do princípio da função social dos contratos, na medida em que permite a sua conservação. Se o inadimplemento não for significativo e nem a finalidade da avença desapareceu na prática, a medida mais benéfica vai de encontro à antiga regra que dizia: se não for cumprido, será extinto (CLARINDO, 2011).

Neste tópico procurou-se explicar em quais casos é cabível a aplicação da teoria do adimplemento substancial e em contrapondo quais os benefícios que o Código de Defesa de Consumidor trouxe para a sociedade como um todo.

Em seguida, o próximo tópico irá tratar sobre análise jurisprudencial diante da aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contrato de alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel, com o intuito de identificarmos como é o posicionamento do TJ/RS e do STJ dentre o período de 2010 a 2017.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No presente tópico vamos analisar se a teoria do adimplemento substancial é aplicada ao contrato de alienação fiduciária de bem móvel e imóvel, para isso serão realizadas buscas jurisprudenciais junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de proporcionar maior clareza sobre o tema abordado.

3.1 BEM MÓVEL

Neste tópico serão abordadas apenas jurisprudências do STJ e do TJ/RS no período de 2010 a 2017, sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel.

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DO AGRAVO RETIDO. No presente caso trata-se de uma ação cautelar de busca e apreensão, que é regida pelo DL 911/69, e não de uma ação ordinária de rito comum, regida pelo CPC, logo, é incabível a realização de prova pericial. Ainda, a matéria em debate é exclusivamente de direito. **DA NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL.** A prova da mora é imprescindível à busca e apreensão (Súmula 72, STJ), e deve dar-se via notificação cartorária, na forma do artigo 2º, § 2º, do DL 911/69. Presume-se a validade e efetividade da notificação quando remetida ao endereço do devedor. **DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. Não se pode considerar que tenha havido o adimplemento substancial do contrato enquanto não houver a quitação de 80% do mesmo.** **DO PEDIDO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO.** Em sede de ação de busca e apreensão resta incabível a análise do contrato, visando a sua readequação, como matéria de defesa em contestação. Afronta aos arts. 300 e 301, ambos do CPC. **AGRAVO RETIDO REJEITADO. APELO DESPROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70059382333, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Sbravati, Julgado em 29/05/2014) [grifo nosso].

Diante da jurisprudência exposta, resta claro da não aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contrato de alienação fiduciária em garantia de bem móvel, pois não ocorreu se quer a quitação de 80% do valor acordado, não restando dúvida sobre o descabimento da referida teoria.

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. 1. Restando adimplidas 93% das prestações contratadas, considera-se que há adimplemento substancial da avença. Precedentes. 2. Logo, dispondo a instituição financeira de meios menos gravosos ao adimplemento da dívida alegadamente havida pelo réu, deve ser mantida a sentença que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, em razão da ausência de interesse

processual. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70066546748, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 26/11/2015) [grifo nosso].

Na jurisprudência exposta pode-se observar que neste caso em si, a teoria do adimplemento substancial está configurada, pois o comprador adimpliu 93% das parcelas contratadas, ou seja, um dos elementos principais para aplicação da teoria foi preenchido, descabendo a busca e apreensão do bem.

AGRAVO INTERNO. **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. VÁLIDA NOTIFICAÇÃO E AUSÊNCIA DE ENCARGOS ABUSIVOS. **ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NÃO CARACTERIZADO**. PURGA DA MORA. PAGAMENTO DEVE SER REALIZADO CONFORME ART. 3º DO DECRETO-LEI N. 911/69. RATIFICAÇÃO DA DECISÃO QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Dispõe o art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69 que o credor fiduciário tem o direito de reaver o bem que se encontra na posse do devedor em mora. Em tendo ocorrido válida notificação do devedor e inexistindo abusividade de encargo(s) previsto(s) para o período da normalidade contratual, resta caracterizada a mora do devedor, sendo cabível a busca e apreensão do veículo. Outrossim, considerando que o devedor não quitou mais de 80% das prestações contratadas, não resta caracterizado o adimplemento substancial do contrato. Entendimento assente do STJ e desta Corte. Ademais, quanto à purga da mora, conforme entendimento do E. STJ, "(...) 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 (...)". (REsp n. 1.418.593/MS). Precedentes desta Corte. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (Agravo Nº 70065152498, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miriam A. Fernandes, Julgado em 25/06/2015) [grifo nosso].

Conforme pode-se observar a jurisprudência, a teoria do adimplemento substancial não é aceitável, o Dec. 911/69 assegura ao credor o direito de reaver a posse do bem, ainda cabe mencionar que o devedor se quer quitou 80% das parcelas contratadas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**. DIREITO CIVIL/OBRIGAÇÕES. **CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO**. INADIMPLENTO E MORA CONTRATUAL. LIMINAR DEFERIDA NO JUÍZO DE ORIGEM. PEDIDO DE PURGA DA MORA DE PARCELAS VENCIDAS. INDEFERIMENTO. CONTRARRAZÕES. ADOÇÃO DO PARADIGMA DO STJ - RESP. Nº 1.418.593/MS. 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. **ALEGAÇÃO DE ADIMPLENTO**

SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. PRECEDENTE DO STJ. DECISÃO RECORRIDA MANTIDA NESTE GRAU RECURSAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70070781125, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 27/10/2016). [grifo nosso].

O julgado acima, nos demonstra é descabido a teoria do adimplemento substancial, entendendo que a crédito deve adimplir com a integralidade da dívida, podendo acarretar busca e apreensão do veículo financiado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO.** MORA CARACTERIZADA. A nova redação do artigo 3º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 911/69, bem como as peculiaridades intrínsecas ao negócio jurídico, desautorizam o reconhecimento da teoria do adimplemento substancial nos contratos de bens móveis entregues em alienação fiduciária. Precedentes do STJ. Sendo válida a notificação extrajudicial realizada, e inexistindo elementos que fragilizem a mora do devedor, correta a decisão liminar de busca e apreensão. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70075305136, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 30/11/2017) [grifo nosso].

Perante a jurisprudência exposta, a mesma trata de um financiamento de um veículo, porém, não é cabível a teoria do adimplemento substancial, pelo fato de que o contratante não adimpliu as devidas parcelas contratadas, restando ausentes os requisitos de aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial.

Logo, pode-se analisar que o TJ/RS tem posicionamento divergente sobre a teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel. Atualmente a matéria é tratada com extrema cautela pelos magistrados.

Para dar maior fundamentação ao tema, observa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da matéria tratada:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.379.560 - MG (2013/0115240-4) RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA RECORRENTE : BANCO VOLKSWAGEN S.A ADVOGADOS : JAIRO JOSÉ LEMKE DE ALBUQUERQUE E OUTRO (S) VAGNER MARQUES DE OLIVEIRA RECORRIDO : EPITÁCIO OLIVEIRA GALVÃO ADVOGADO : MEDZKER MATOS DA CONCEIÇÃO AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PURGAÇÃO DA MORA. NÃO CABIMENTO. PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DO DÉBITO. DECRETO-LEI N. 911/1969. REDAÇÃO DA LEI N. 10.931/2004. [...]Os embargos declaratórios, subsequentemente opostos, foram rejeitados. O recorrente aduz violação dos arts. 267, inciso VI, do CPC e 3º do Decreto-Lei n. 911/69, sustentando, em suma, que a ação de busca e apreensão, no caso de devedor inadimplente, tem autorização expressa no dispositivo do decreto-lei em questão; sendo assim, não há falar em

impossibilidade jurídica do pedido. Afirma ainda que há **outro argumento capaz de afastar a aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária, qual seja, a nova redação dada pela Lei n. 10.931/04 ao art. 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/69, no sentido de ser necessária a quitação integral do financiamento para que o bem seja liberado, sem o ônus fiduciário, ao contratante financiado.** As contrarrazões não foram apresentadas (e-STJ, fl. 255). Admitido o recurso na origem (e-STJ, fls. 257/258), ascenderam os autos a esta Corte. É o relatório. Decido. Cuidam os autos de ação de busca e apreensão de veículo em sede de contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária, em virtude do inadimplemento contratual do ora recorrido. A sentença (e-STJ, fls. 182/185) julgou procedente o pedido formulado pelo banco, ora recorrente, com vistas a consolidar a propriedade e posse plena do bem apreendido descrito na petição inicial. O Tribunal a quo reformou a sentença e extinguiu, de ofício, o feito sem resolução do mérito, por entender que o inadimplemento das duas últimas parcelas de um financiamento de veículo de 24 (vinte e quatro) parcelas configura o adimplemento substancial e a pretensão de resolução do contrato viola o princípio da boa-fé objetiva. **O recorrente sustenta a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária.** Passo, pois, à análise da proposição deduzida. O recurso reúne condições de prosperar. O acórdão recorrido diverge da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça de que, na vigência da Lei n. 10.931/2004, não mais se admite purgação da mora, uma vez que, no novo regime, cinco dias após a execução da liminar, a propriedade e a posse do bem passarão a ser do credor fiduciário. O devedor, porém, nesse prazo, poderá pagar a integralidade do débito remanescente com base nos valores apresentados na inicial, hipótese em que o bem será restituído livre de ônus. A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. PURGAÇÃO DA MORA. INSUBSISTÊNCIA DA SÚMULA Nº 284/STJ. LEI Nº 10.931/2004 QUE ALTEROU O DECRETO-LEI Nº 911/69. 1. A purgação da mora antes prevista no art. 3º, § 3º, do Decreto-Lei nº 911/69, e que deu ensejo à edição da Súmula nº 284/STJ, não mais subsiste em virtude da Lei nº 10.931/2004, que alterou referido dispositivo legal. 2. Sob a nova sistemática legal, após decorrido o prazo de 5 (cinco) dias, contados da execução liminar, a propriedade do bem fica consolidada com o credor fiduciário, cabendo ao devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescentes para fins de obter a restituição do bem livre de ônus. [...] Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para, nos termos da fundamentação retro, afastar a teoria do adimplemento substancial e determinar o retorno dos autos à origem para que se dê prosseguimento à ação de busca e apreensão, possibilitando ao recorrido o pagamento da integralidade da dívida, nos termos do § 2º do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, com a redação dada pela Lei n. 10.931/2004.** Publique-se. Brasília, 24 de março de 2015. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Relator (STJ - REsp: 1379560 MG 2013/0115240-4, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 09/04/2015) [grifo nosso].

Diante da jurisprudência exposta, não resta dúvida referente ao não cabimento da teoria do adimplemento substancial, pois a alienação fiduciária, possui regimento próprio, assegurando ao credor o pagamento integral da dívida, proporcionando ainda busca e apreensão do bem.

RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69.** INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA **APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO.** 1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA. RECONHECIMENTO. 2. REMANCIÇÃO DO BEM AO DEVEDOR CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E ENCARGOS APRESENTADOS PELO CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (REsp n. 1.418.593/MS). 3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO, COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO (AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA), SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR FIDUCIÁRIO. 4. **DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL, CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO.** 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (ut Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10931/2004). 1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, **é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado.** Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente. [...]4.1 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. **A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.** 4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial. 5. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1622555 MG 2015/0279732-8, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de

Julgamento: 22/02/2017, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/03/2017) [grifo nosso].

No entendimento do STJ a teoria do adimplemento substancial não impede a apreensão do bem, entretanto mesmo que o comprador venha adimplir quase a totalidade do valor contratado, o mesmo deve efetuar o pagamento integral do valor conforme firmado em acordo. Caso isso não acontece o credor tem o poder de ajuizar uma ação de busca e apreensão do bem alienado para satisfazer o crédito.

No tópico a seguir serão tratados jurisprudências que abordam contrato de alienação fiduciária de bens imóveis. A busca ocorrerá no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e no Superior Tribunal de Justiça no período de 2010 a 2017.

3.2 BEM IMÓVEL

No presente tópico, para darmos maior clareza sobre o tema proposto, serão analisados alguns julgados do TJ/RS e do STJ dentre o período de 2010 a 2017, sobre a teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONSTITUIÇÃO EM MORA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.** 1. **Não se pode considerar que tenha havido o adimplemento substancial do contrato enquanto não houver a quitação de 80% do mesmo.** 2. Ausência de abusividades contratuais no caso concreto. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70046311163, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Sbravati, Julgado em 01/12/2011)

Diante da jurisprudência, pode-se observar que a teoria do adimplemento substancial não é aplicável pelo fato de que não foi comprovado a quitação de 80% do valor tratado, deixando claro a falta de um requisito para a aplicabilidade da referida teoria.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE LIBERAÇÃO DE **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL DADO EM GARANTIA DE CONTRATAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. Não há como acolher a tese da incidência da teoria do adimplemento substancial, quando os imóveis foram dados em garantia de pagamento total da dívida.** Existência de débito em favor da parte ré. SENTENÇA MANTIDA. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70054286604, Vigésima

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 09/10/2013) [grifo nosso].

No caso acima ocorre que a teoria do adimplemento substancial não cabe nos casos em que os imóveis foram dados em garantia de pagamento, sendo liberado o imóvel somente com o pagamento integral do montante, o qual se encontra com débito pendente.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. JULGAMENTO CONJUNTO. I. Restabelecimento da gratuidade judiciária aos apelantes. O fato de terem sido condenados por litigância de má-fé não é causa de revogação do benefício. II. Cerceamento de defesa não configurado. A prova testemunhal e pericial não se fizeram necessárias para a solução das controvérsias. III. Inconformidade que diz respeito à assinatura de escritura pública de **compra e venda de imóvel, assinada em 2008**, sob alegação de erro e dolo, pois já havia sido firmado entre as partes o mesmo contrato. IV. **Hipótese de litigância de má-fé, pois os apelantes (compradores) omitiram do juízo que, acerca da promessa de compra e venda firmada anterior, em 2002**, restaram inadimplentes, havendo um aditivo contratual e, após, o distrato, pelo qual receberam inclusive um crédito de R\$ 5.000,00. Manutenção das condenações a título de litigância de má-fé. V. **O fato de ter havido distrato, diante do inadimplemento, possibilitou a assinatura da escritura pública de compra e venda a respeito do mesmo imóvel, em 2008, com cláusula de alienação fiduciária**, pois retornaram as partes ao status quo ante quando do desfazimento do primeiro negócio jurídico. VI. **Afastamento da tese de adimplemento substancial, pois, quanto ao contrato vigente, firmado em 2008, os apelantes pagaram aproximadamente 18% do total do valor negociado**. VII. Ausência de qualquer nulidade quanto ao procedimento de retomada extrajudicial do bem em razão da cláusula de alienação fiduciária. VIII. Manutenção da sentença de parcial procedência da demanda anulatória e procedência da ação de reintegração de posse. IX. Valor dos honorários advocatícios de responsabilidade dos apelantes que deve restar mantido, em ambas as demandas, pois são complexas, tramitam há mais de dois anos e o trabalho do patrono dos apelados foi muito bem desenvolvido. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO À UNANIMIDADE. (Apelação Cível Nº 70061102935, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 11/12/2014) [grifo nosso].

Perante a jurisprudência exposta, pode-se observar que já havia sido realizado um contrato de compra e venda de bem imóvel em 2002, o qual não foi adimplido, em 2008 firmaram novo contrato porém com cláusula de alienação fiduciária. No entanto os devedores pagaram aproximadamente 18% do valor total contratado, afastando desta forma a teoria do adimplemento substancial, pois não cumpriram com um de seus requisitos principais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.** IMÓVEL JÁ INTEGRANTE DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. **A tese do adimplemento substancial com que esgrime a agravada cai por terra quando evidenciado que pagou apenas menos da metade das parcelas do mútuo**, estando a dever mais de oito milhões de reais. Do mesmo modo, **o ordenamento jurídico, em especial a lei nº 9.514/97 não proíbe que seja alienado fiduciariamente** bem já integrante do patrimônio do devedor. Aplicação por analogia da súmula nº 28 do STJ, assim como de precedente desta Corte. Decisão que concedeu liminarmente a medida cautelar à agravada revogada. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70065368300, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 30/07/2015) [grifo nosso].

Conforme podemos observar no julgado acima, a teoria do adimplemento substancial não é aceitável pelo fato do devedor não ter pago se quer metade das parcelas firmadas em contrato, restando comprovado seu descumprimento contatual, frisando também que o ordenamento jurídico não proíbe a alienação fiduciária.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. **CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL.** NÃO TRATANDO O AGRAVO DE INSTRUMENTO DO MÉRITO DA CAUSA, NÃO TEM LUGAR O PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 942 DO NOVO CPC, AINDA QUE NÃO SEJA UNÂNIME O JULGAMENTO. TESE DOS EMBARGANTES QUANTO AO **ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL QUE NÃO SE SUSTENTA.** AUSÊNCIA DO VALOR DE AVALIAÇÃO DO IMÓVEL NO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES QUE PODE SER SUPRIDA EM MOMENTO POSTERIOR. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS. UNÂNIME. (Embargos de Declaração Nº 70070320817, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 30/08/2016) [grifo nosso].

Na presente jurisprudência o TJ/RS, conforme já elucidado nos outros julgados acima, a teoria do adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária não é cabível pelo fato da teoria não ser sustentável até o devido momento.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA. **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BENS IMÓVEIS. LEI. 9.514/97.** ALEGAÇÃO DE FALTA DE NOTIFICAÇÃO PARA PURGAR A MORA. VÍCIO NÃO VERIFICADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO COM IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECURSO DA PARTE AUTORA. Inovação recursal. **Alegação de pagamento de parte de valor devido, de trinta e cinco parcelas sobre o total de cento e cinquenta, a guisa de adimplemento substancial. A par de insuficiente para o reconhecimento da tese do adimplemento substancial, não se conhece de questão que não foi ventilada na origem.** Mérito. Alegação da inicial de inexistência da intimação para purgar a mora, inquinando de invalidade a execução extrajudicial e, de

consequência, o procedimento de consolidação da propriedade fiduciária. Contexto de regular intimação realizada por meio do Registro de Imóveis, consoante prova documental inserta nos autos. Assim, sem demonstração de nulidade no procedimento de execução extrajudicial, com a consolidação da propriedade fiduciária, improcede o pedido da autora. Impenhorabilidade do bem de família. Inaplicabilidade. O imóvel dado em garantia de alienação fiduciária perde a proteção da impenhorabilidade, nos termos do inciso V, do artigo 3º, da Lei n. 8.009/90. Má-fé. Mantida a disposição sentencial. Inequívoca a alegação falsa e veemente de inexistência de intimação, modo a obter a concessão de antecipação de tutela ao efeito de suspender o leilão e também a declaração de nulidade da execução extrajudicial. Caracterizada a alteração da verdade dos fatos(art. 80, inc. II do CPC). APELAÇÃO DESPROVIDA, NA PARTE EM QUE CONHECIDA. (Apelação Cível Nº 70072873706, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 09/11/2017) [grifo nosso].

Conforme podemos observar na jurisprudência exposta, não tem no que se falar da possível aplicabilidade do adimplemento substancial, pois houve apenas a quitação de uma valor inaudível, perante o que foi firmado em contrato, desta forma não restando dúvida do não cabimento da teoria do adimplemento substancial.

Desta forma, pode-se dizer que o TJ/RS trata o referido tema com determinada cautela, pois não se tem um posicionamento uniforme de quando deve ser aplicada a teoria do adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária, por mais que os doutrinadores estejam buscando a melhor forma de aplicabilidade, pois hoje os tribunais restam confusos sobre o tema.

No tocante ao posicionamento do STJ sobre a matéria estudada, foi realizado busca no site do STJ dentre o período de 2010 a 2017, com as seguintes palavras chaves “alienação fiduciária – adimplemento substancial – bem imóvel – teoria do adimplemento – contrato de alienação – teoria do adimplemento.” Entretanto o STJ, não possui jurisprudência até o momento sobre a teoria do adimplemento substancial nos contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel.

CONCLUSÃO

A presente monografia, tem como o referido tema, a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel, onde foi proposto um estudo relevante e atual no que toca à prática forense dos tribunais de primeira instância e superiores de nosso país vinculados à Justiça Comum, pois a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel não possui base legal ou entendimento supramencionado.

Conforme já foi elucidado no primeiro capítulo, reitera-se de forma sucinta as questões mais pertinentes, onde pode-se citar que foram trabalhados os elementos fundamentais da doutrina contratual, tendo como base os princípios, pois são a base do ordenamento jurídico, adentrando também na boa-fé objetiva e subjetiva, que é indispensável na matéria de contratos. No segundo capítulo, foram vistos de forma objetiva os contratos de alienação fiduciária, enfatizando suas características e seus elementos jurídicos e tratando também da teoria do adimplemento substancial e o código de defesa do consumidor.

No terceiro capítulo, foram apresentados entendimentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, dentre o período de 2010 a 2017 sobre a teoria do adimplementos substancial nos contrato de alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel, a de se perceber que o tema é tratado de forma bastante cautelosa, não havendo posicionamento concreto sobre o tema.

O trabalho apresentava como hipótese inicial, a ideia de que a teoria do adimplemento substancial seria aplicável nos casos que houvesse o pagamento muito próximo do final, excluindo a possibilidade de busca e apreensão, no entanto, o entendimento doutrinário entende que não é cabível a teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária de bem imóvel, pois deve ocorrer o pagamento integral do montante acordado, eis que a alienação fiduciária de bem imóvel possui regramento próprio, esculpido na lei 9514/97, estando o devedor ciente dos riscos de perda da propriedade.

A aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel, ocorre posicionamento divergente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o tema, conforme jurisprudencial supracitada, foi cabível a teoria do adimplemento substancial nos casos de quitação de 93% do valor adimplido.

Em relação a aplicação da teoria do adimplemento substancial em garantia de bem móvel, pode-se dizer que ocorre posicionamento divergente no TJ/RS, conforme jurisprudência exposta, pode-se observar que nos casos de adimplemento de 93% do valor contratado, a teoria do adimplemento substancial é reconhecida, nos demais julgados do TJ/RS não é cabível, pois os magistrados entendem que a teoria ainda é pouco sustentável.

O Superior Tribunal de Justiça entende que não é cabível a teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel, sendo que tal teoria irá prejudicar o credor que agiu perante o princípio da boa-fé objetivo, cabe frisar também que está previsto na alienação fiduciária que o credor tem direito a busca e apreensão do bem, no qual o devedor deve estar ciente do risco de perda caso não adimplir mediante exposto em contrato.

Ainda o STJ, não possui jurisprudência até o momento sobre a teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel. O TJ/RS trata da matéria, no qual pode-se observar que a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel é descabida.

No entanto, ressalta-se que no fato do estudo e do tratamento do assunto, o qual se percebe dotado de complexidade, por ser contemporâneo no sistema jurídico pátrio. Deste modo, há de sofrer alterações ao longo dos tempos, na medida em que o direito irá se aperfeiçoando sobre o tema, com grande chance de um dia ter uma súmula vinculante vigente sobre a matéria tratada.

Incumbe mencionar que a teoria do adimplemento substancial é um avanço, porém, para as entidades bancárias sofreriam um prejuízo gigantes, caso a presente teoria viesse ser aplicada seguidamente, analisando de forma clara e objetiva, o adimplemento substancial tem com elemento principal a cumprimento significativo do montante acordado.

Caso a teoria do adimplemento seja reconhecida no processo, o credor não tem direito a extinção contratual nem mesmo busca e apreensão do bem, caberia

apenas uma ação de cobrança, para cobrar o débito pendente. Neste sentido que os magistrados devem observar quando a presente teoria deve ou não ser aplicada.

Cabe lembrar que esse trabalho não tem a pretensão de esgotar o estudo da matéria apresentada, pois hoje não temos um posicionamento unânime sobre o tema, mas isso irá mudando de tempo em tempo e merece ainda grandes discussões em torno do tema.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

AGUIAR, Ruy Rosado de. **Cláusulas abusivas no Código do Consumidor**. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 13-32.

ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 59, p 140, 2006.

ALVES, Jones Figueiredo. **A Teoria do Adimplemento Substancial do negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato**. **Novo Código Civil: questões controvertidas**. Série grandes temas de Direito Privado, vol. 4. São Paulo: Método, 2005.

ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo, **Manual do Direito Civil**, 3ª ed. São Paulo: Juspoivim, 2014.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 69, p. 35. 2009.

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

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor, 4ª ed. rev. atual. Amp. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, p. 54-55, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: **Forense Universitária**, 1994. V. 1, p 455.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Função social do contrato: Contributo para a construção de uma nova teoria**. Belo Horizonte, Del Rey, 2011.

BRASIL. **Lei 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: 03 mai. 2017.

_____. **Lei 10.046**, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a instituição do código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

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

BUSSATA apud TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6.ed. São Paulo: Método, 2011.

CLARINDO, Aniêgela Sampaio. **Princípios da teoria do adimplemento substancial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/ahgD3J>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

CARRIDE, Norberto de Almeida. **Vícios do Negócio Jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens Imóveis**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios da Dignidade humana, da Proporcionalidade e/ou razoabilidade e da Boa-fé no Direito do Trabalho – diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, p. 85-117, abr/jun. 2001.

DIDIER JR, F. 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.

DINIZ, Maria Helena; **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**; Saraiva; 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. Abrangendo o código civil de 1916 e o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 38.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo, Saraiva, 2011.

GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milão: Giuffrè, 1998.

HELLER, Helena Sabetzki; VIEIRA Patrícia Elias. **A Teoria do Adimplemento Substancial: Aplicabilidade no Direito Brasileiro**. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 443-462, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/ricc>. Acesso em: 20, abr. 2017.

HENTZ, André Soares. O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato. **Revista Jus Navegandi**.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Direito Civil: direito dos contratos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 42, p. 187-195, abril/junho 2002.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. São Paulo, maio, p. 43, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**, São Paulo, 1980.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5ª ed. rev. atual. e ampl. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller. 2000.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RÁO, Vicente. Ato jurídico. 2ª ed. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 462, 1981.

REALE, Miguel. **Propedêutica de direito civil**. 6ª ed.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENVALD, Nelson; PELUZO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Manole, 2009.

ROTTA, Mariza. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. O Pacta Sunt Servanda - Cláusula Rebus Sic Stantibus e o Equilíbrio das Relações Contratuais na Atualidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, n. 1, p. 194-218, jan/jul 2008.

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

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**: princípios contratuais, contrato eletrônico, contrato coletivo, contrato-tipo, direito comparado, boa-fé. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função social do contrato**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, Vivien Ly Porto Ferreira da. Adimplemento Substancial. **Monografia do Curso de Mestrado PUC/SP**.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Coisas, São Paulo, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, São Paulo: Atlas, 2014.

VIEGAS DE LIMA, Frederico Henrique. **Da alienação fiduciária de garantia de coisa imóvel**. Curitiba: Juruá, 2004.

ZIMMERMANN, Fernando Henrique Guedes. **A Introdução da Boa-fé Objetiva nos Contratos sob a Égide do Novo Código Civil**. Escrito em 08/06/2004. Disponível em:

<http://juridico.digibase.ca/forum/index.php?s=c65632d90e9af0658aedc8089cfa2874&sho wtopic=14>>. Acesso em: 29 de ago. 2017.