



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**Processo:** 1.0000.16.032795-3/000  
**Relator:** Des.(a) Cláudia Maia  
**Relator do Acórdão:** Des.(a) Cláudia Maia  
**Data do Julgamento:** 26/02/2018  
**Data da Publicação:** 02/03/2018

**EMENTA:** IRDR. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL (SUBSTANTIAL PERFORMANCE). CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. INAPLICABILIDADE. DESRESPEITO À BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. INOBSERVÂNCIA DE DEVERES ANEXOS. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INTUITO RESOLUTIVO. MICROSSISTEMA LEGAL (LEI Nº 4.728/1965 E DL Nº 911/1969). DEVER DE QUITAÇÃO INTEGRAL DA PRESTAÇÃO. FALTA DE DILIGÊNCIA. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO.

A teoria do adimplemento substancial é inaplicável em sede de contrato de mútuo bancário garantido por alienação fiduciária para aquisição de bem móvel fungível.

V.V. A teoria do adimplemento substancial é aplicável em sede de contrato de mútuo bancário garantido por alienação fiduciária para aquisição de bem móvel fungível, desde que o pagamento faltante seja ínfimo, comparando-se com o total do negócio.

IRDR - CV Nº 1.0000.16.032795-3/000 - COMARCA DE CONSELHEIRO LAFAIETE - REQUERENTE(S): CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA DESEMBARGADOR(A) DA 15ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS - REQUERIDO(A)(S): SEGUNDA SEÇÃO CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INTERESSADO: BANCO ITAÚ VEÍCULOS S/A, SILVIA MARIA DOS SANTOS OLIVEIRA - INTERESSADO(A)(S): FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS BANCOS FEBRABAN, FORUM NACIONAL ENTIDADES CIVIS DEFESA CONSUMIDOR - FNECDC, ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTERIO PUBLICO DO CONSUMIDOR - MPCON, INSTITUTO BRASILEIRO DIREITO CIVIL - IBDCIVIL, SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR - AMICUS CURIAE: BANCO DO BRASIL S/A, DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

## ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em, NÓS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, VENCIDO O TERCEIRO VOGAL, FIRMAR A SEGUINTE TESE: A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL É INAPLICÁVEL EM SEDE DE CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PARA AQUISIÇÃO DE BEM MÓVEL FUNGÍVEL.

DESA. CLÁUDIA MAIA  
RELATORA

DESA. CLÁUDIA MAIA (RELATORA)

## VOTO

Trata-se de IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas cuja instauração foi requerida pelo Eminent Desembargador Carlos Henrique Perpétuo Braga na condição de relator do recurso de apelação atuado sob o nº 1.0183.15.002907-6/001, interposto por Itaú Veículos S/A contra a sentença proferida pela Juíza de Direito investida na 4ª Vara Cível da Comarca de Conselheiro Lafaiete, que, nos autos da ação de busca e apreensão ajuizada em desfavor de Silvia Maria dos Santos Oliveira, julgou extinto o feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, CPC/73 (por falta de interesse de agir - inadequação da via eleita).

Sustentou o Insigne requerente, em síntese, que a controvérsia acerca da questão de direito discutida no processo - adimplemento substancial em contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia celebrado após a entrada em vigor da Lei nº 10.931/2004 - possui efetiva repetição neste Tribunal de Justiça, com risco à isonomia e segurança jurídica. Nesse íterim, o Douto magistrado apontou ser necessário definir se o credor fiduciário pode se valer da medida de busca e apreensão caso haja constatação do implemento significativo do contrato por parte do devedor fiduciante.

O feito foi devidamente instruído (fls. 06/124) e esta Egrégia Segunda Seção (em assentada de 23/01/2017), por maioria de votos, admitiu o processamento do Incidente uma vez presentes os respectivos requisitos legais (fls. 127/135).

Posteriormente, houve determinação de suspensão dos processos em trâmite na Justiça Comum Estadual (compreendidos os Juizados Especiais Cíveis), em fase de conhecimento ou em grau recursal, nos quais houvesse discussão acerca do tema em debate, assim como a tomada de providências voltadas à publicidade do Incidente - fls. 143.

O Colendo Ministério Público se manifestou às fls. 158.

Em seguida, às fls. 160, com fincas no art. 983 do CPC, restou determinada a intimação das partes interessadas, bem como da FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos), FNECDC (Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor), SENACON (Secretaria Nacional do Consumidor), MPCON (Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor), Defensoria Especializada do Consumidor (Defensoria Pública de Minas Gerais) e o IBDCivil (Instituto Brasileiro de Direito Civil).

A Defensoria Especializada do Consumidor manifestou-se às fls. 178/178-D aduzindo, em suma, que por conta da boa fé objetiva, da função social do contrato, da proibição de enriquecimento sem causa e da vedação ao abuso do direito, a teoria do adimplemento substancial impede que o credor resolva o contrato quando o devedor honrar parcela essencial da obrigação. Defendeu que em tal situação a instituição financeira dispõe de meios menos gravosos à perseguição do crédito do que o fim drástico da avença e o emprego invasivo da busca e apreensão.

A Federação Brasileira dos Bancos, por sua vez, fez-se presente em petição de fls. 180/191, arguindo que a adoção da teoria do adimplemento substancial, in casu, configura negativa de vigência aos arts. 2º, § 3º e 3º, § 2º, do DL nº 911/1969, aos arts. 421 e 422 do Código Civil, e ao art. 5º, II, da CRFB. Aduziu, ainda, que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (ao julgar o REsp nº 1.622.555/MG) rechaçou o uso da teoria em epígrafe ao microsistema da alienação fiduciária em garantia para aquisição de bem móvel fungível. Defendeu que o emprego da teoria do adimplemento substancial exige o preenchimento de três requisitos, a saber: a) insignificância do inadimplemento (no presente caso, a mora de 15% da obrigação não poderia ser tida como insignificante); b) satisfação do interesse do credor (no caso concreto, inexistiria tal contentamento, visto que o banco se submete a rígidos controles internos e externos, estando sujeito a extensa regulação e normas de compliance); c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que se tenha operado imperfeitamente (na espécie, o devedor não teria agido com diligência, pois procurado extrajudicialmente para negociar a dívida resolveu agir somente após a apreensão do veículo). A FEBRABAN elucidou, ainda, que a ação não objetiva a resolução do contrato, mas sim o recebimento do débito, havendo a consolidação do bem no patrimônio do credor apenas após decorrido o prazo de 5 (cinco) dias do cumprimento da medida liminar sem a quitação integral da dívida (o que depende da atuação do devedor). Aduziu, outrossim, inexistir abuso de direito (art. 187, CC) e enriquecimento indevido (art. 884, CC), por força das normas previstas no art. 2º, caput, do DL nº 911/1969 e no art. 1.364 do Código Civil. Disse, também, que a adoção da teoria do adimplemento substancial fere a regra da supremacia da lei especial sobre a geral, notadamente quando inexistente lacuna a autorizar a incidência subsidiária do Código Civil. Havendo divergência nos tribunais quanto ao percentual a autorizar o emprego da teoria (70, 75, 80, 85%), os devedores acabariam sendo induzidos a deixar de honrar a integralidade do contrato (respaldados pela impossibilidade do manejo da busca e apreensão), situação a figurar total inversão de valores, conspirando contra a boa fé. A FEBRABAN destacou, ainda, que a admissão da teoria viola a função social do contrato, uma vez que a incerteza quanto ao uso da garantia por parte dos bancos geraria incremento das taxas de juros, prejudicando toda a coletividade. Asseverou que a lei de regência (DL nº 911/1969, art. 3º, §§ 2º e 3º) é expressa ao estabelecer que apenas o pagamento integral da dívida evita a perda do bem alienado fiduciariamente, o que foi reconhecido pelo Egrégio STJ em sede de recurso julgado sob a sistemática do antigo art. 543-C, CPC (REsp nº 1.418.593/MS).

O Banco Itaú Veículos S/A (autor/apelante nos autos da causa piloto), às fls. 220/224, alegou a impossibilidade da adoção da teoria do adimplemento substancial em contratos de mútuo garantidos por alienação fiduciária, visto que tal medida contradiz o escopo da lei especial (DL nº 911/1969), consoante reconhecido pelo Preclaro STJ por ocasião do julgamento do REsp nº 1.622.555/MG.

A Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais requereu sua admissão no feito como amicus curiae, fazendo juntar memoriais às fls. 234/241, aduzindo - em essência - que a inadmissão da teoria do adimplemento substancial pode acarretar vários prejuízos aos consumidores, como a privação do bem financiado após o pagamento expressivo do débito (80/90%). Disse, também, que na prática incorre prestação de contas por parte dos bancos após a venda extrajudicial do veículo, deixando de cotejar os valores recebidos com a alienação do bem e os débitos do devedor, sendo comum a interposição de recursos especiais voltados à verificação de abusividade das cláusulas contratuais e o necessário encontro de contas. Explicou que a admissão da tese estimulará a resolução extrajudicial de conflitos, evitando que todos os casos de inadimplemento sejam levados à Justiça como única forma de satisfação do crédito

bancário. Requereu, ao fim, seja fixada a tese de que o adimplemento superior a 80% do contrato torne a ação de busca e apreensão improcedente.

O Banco do Brasil S/A (às fls. 243/251) requereu sua habilitação como *amicus curiae*, sustentando - em apertada síntese - que diante da inteligência do art. 1.368-A do Código Civil a teoria do adimplemento substancial afigura-se incompatível com os termos da legislação especial que regula a matéria sob apreço, por ser expressa em destacar a necessidade de pagamento integral da dívida pendente com vistas à restituição do bem ao patrimônio do devedor fiduciante. Citou o REsp nº 1.622.555/MG. Explicou que a alienação fiduciária (por possibilitar o retorno do capital de uma forma mais rápida no caso de inadimplemento, via busca e apreensão) repercute na taxa de juros bancária, tendo em vista a diminuição do risco assumido pelas instituições financeiras, facilitando o acesso do consumidor ao crédito. Nesse sentido, o banco defendeu que a função social do contrato é precisamente ensejar a circulação de riqueza mediante a concessão de empréstimos a taxas melhores de juros, face à existência de garantia fiduciária.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais (via PGJ) expressou-se às fls. 274/281, defendendo a ideia de ser aplicável a teoria em tela aos contratos celebrados após a vigência da Lei federal nº 10.931/2004. Disse que os credores possuem formas menos gravosas de obtenção do crédito que não a violenta retirada dos bens de indivíduos hipossuficientes, que deles necessitam para o desenvolvimento de suas atividades. Asseverou que a falta de quitação de algumas parcelas não denota má fé do adquirente, mas sim impossibilidade financeira real, que não pode ser penalizada com a retirada do bem, normalmente vendido por valor inferior ao preço de mercado, dado que o interesse do banco reside apenas na quitação das poucas prestações vencidas.

Às fls. 283 foi deferida a habilitação como *amicus curiae* da DPMG e do Banco do Brasil S/A, bem como determinada a intimação - para os fins do art. 983, CPC - do IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) e da ABDC (Academia Brasileira de Direito Civil).

O IDEC se manifestou às fls. 292/296 aduzindo, em resumo, que a busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente constitui medida desproporcional para o caso de adimplemento significativo do contrato. Explicou que a venda extrajudicial do veículo gera verdadeiro *bis in idem*, pois, o devedor além de perder o patrimônio, de forma reflexa, fica desprovido de seu respectivo valor, muito superior à quantia inadimplida (o que, de outro lado, caracteriza enriquecimento ilícito em prol da casa bancária). Forte no princípio da boa fé, sustentou caber ao credor (na hipótese de adimplemento substancial) o socorro a outros meios menos gravosos, como a execução do título, o ajuizamento de ação de cobrança ou de indenização por perdas e danos. Aludiu à ocorrência de eventual violação ao escopo do art. 4º do CDC, caso negada aplicação à tese do adimplemento significativo.

Embora regularmente cientificados, o FNECDC (Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor), a SENACON (Secretaria Nacional do Consumidor), a MPCON (Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor), o IBDCivil (Instituto Brasileiro de Direito Civil) e a ABDC (Academia Brasileira de Direito Civil) não se fizeram presentes nos autos.

Este o breve relato do essencial.

Passo ao exame do mérito, atenta ao dever de fundamentação contido no art. 984, § 2º, CPC, de modo a velar pela observância de um contraditório efetivo (art. 7º, parte final, c/c art. 489, § 1º, inciso IV, CPC).

## MÉRITO

O presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem como foco a análise da pertinência da teoria do adimplemento substancial em sede de ações de busca e apreensão deflagradas no contexto de mútuo bancário garantido por alienação fiduciária. O que se almeja aferir, em outras palavras, é a possibilidade de a instituição financeira credora usar da medida de busca e apreensão disciplinada pelo D.L. nº 911/1969 nas situações em que o inadimplemento é mínimo.

É preciso, antes, deixar registrado que o objeto de debate cinge, exclusivamente, às hipóteses de aquisição de bens móveis fungíveis, regulamentadas pelo art. 66-B da Lei nº 4.728/1965 e pelo DL nº 911/1969.

Pois bem.

Em contrato bancário garantido por alienação fiduciária, uma vez inadimplente o devedor, pode o credor se valer de busca e apreensão do bem (art. 3º, caput, DL nº 911/1969), tendo o mutuário 5 (cinco) dias após executada a medida liminar para pagar a integralidade da dívida pendente (§ 2º), sob pena de consolidação da propriedade e da posse do veículo no patrimônio do banco (§ 1º), podendo haver a venda do objeto com vistas à quitação da dívida, cabendo à instituição financeira entregar ao consumidor o saldo final apurado (art. 2º, caput, DL nº 911/1969).

A fim de evitar referido resultado, notadamente a perda do patrimônio alienado fiduciariamente, em especial pela proximidade do adimplemento integral do débito, veio a lume a denominada teoria do adimplemento substancial, instituto alienígena advindo do direito *anglo saxão*. Segundo explica Eduardo Luiz Bussata, o *leading case* foi formado na Inglaterra em 1.779, no caso *Bonne v. Eyre*, ocasião em que

restou decidido "pelo não-cabimento do pedido de resolução do contrato, pelo fato de que não poderia a obrigação descumprida (...) ser considerada uma condition" (Resolução do Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35/36).

Anelise Becker faz a seguinte explanação:

Modernamente, tal distinção transformou-se na oposição entre conditions e warranties. As conditions são cláusulas essenciais, constituindo a própria substância do contrato, cujo cumprimento é imprescindível à manutenção do sinalagma. As warranties, por sua vez, correspondendo àquelas "obrigações independentes", estão em uma segunda ordem de importância e seu descumprimento, portanto, não afeta o equilíbrio contratual (consideration) - A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 1993, p. 62, destaquei.

Referida autora pontua, todavia, que a jurisprudência atual inglesa trabalha a distinção entre as cláusulas conditions e warranties apenas como um dos parâmetros (e não o exclusivo) com vistas a examinar o nível de relevância do inadimplemento. Para Anelise Becker, o direito inglês caminha na direção da adoção de um critério geral, segundo o qual "trata-se de verificar se o inadimplemento é ou não fundamental (fundamental breach)". Nesse sentido, releva apurar "a importância que as partes 'parecem dar' à cláusula infringida". O inadimplemento fundamental, destarte, não autorizaria o emprego da substancial performance (adimplemento substancial).

Segundo Clóvis do Couto e Silva (apontado como o grande responsável pela internalização no direito brasileiro da teoria da substancial performance/compliance), "se o contrato já foi adimplido substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor" - O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, RT: São Paulo, 1980, p. 68.

Um dos grandes vícios havidos no processo de nacionalização da teoria do adimplemento substancial, entretanto, consiste em seu enfrentamento apenas sob o viés quantitativo. Conforme aponta Anderson Schreiber, "o que espanta é a ausência de uma análise qualitativa, imprescindível para se saber se o cumprimento não-integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto" (A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 32, 2007, p. 18).

A análise qualitativa do descumprimento ganha especial importância a partir da hodierna compreensão acerca do conceito de inadimplemento. Subdividido em inadimplemento absoluto (fundamental) e mora, o primeiro se faz presente quando o incumprimento "impossibilita ou tornar inútil a prestação para o credor, de acordo com a concreta economia contratual", enquanto a segunda caracteriza-se pela simples imperfeição da prestação, "sem, contudo, retirar-lhe a utilidade que dela espera objetivamente o credor, sem comprometer o fim do negócio" (Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp nº 1.581.505. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, 2017, p. 101/102).

Nesse sentido, apenas a mora legitimaria o reconhecimento do adimplemento substancial, uma vez que o inadimplemento absoluto autoriza a resolução do contrato (op. cit., p. 103). Em outras palavras:

(...) a Teoria do Adimplemento Substancial impede o exercício do direito potestativo de resolução por parte do credor, porque se está diante de uma situação de mora, e não de inadimplemento absoluto. Afastada a possibilidade de resolver o contrato, o credor pode, pela via própria, comprovando-se os elementos da responsabilidade civil, pleitear, em juízo, o cumprimento perfeito do contrato ou a execução pelo equivalente, fazendo jus, em ambos os casos, a perdas e danos (op. cit., p. 108).

A violação contratual que autoriza a resolução do ajuste (e, portanto, derrui a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial) é aquela essencial ao desiderato negocial. A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, a propósito, contém a seguinte disposição:

Art. 25. Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente naquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não tivesse igualmente previsto (destaquei).

Com efeito, valendo-me mais uma vez das lições de Anderson Schreiber, atualmente é reconhecido "que a obrigação transcende, em muito, o dever consubstanciado na prestação principal. (...). Avultam, nesse sentido, em importância, os chamados deveres anexos ou tutelares, que se embutem na regulamentação contratual, na ausência ou mesmo em contrariedade à vontade das partes, impondo

comportamentos que vão muito além da literal execução da prestação principal", como os deveres de proteção, informação, lealdade e cooperação (op. cit., p. 6).

Com efeito, a doutrina pátria define "a violação positiva do contrato como inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral" (Jorge Cesar Ferreira da Silva. A boa fé e a violação positiva do contrato. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 268). Nesse ínterim, a ideia de violação positiva do contrato vem sendo aplicada "naquelas hipóteses em que, embora se verificando um comportamento do devedor correspondente à realização da prestação contratada, não se alcança, por alguma razão, a função concretamente atribuída pelas partes à regulamentação contratual" (Anderson Schreiber, op. cit., p. 14, destaquei).

Em termos de inadimplemento não se pode ignorar, outrossim, a "repercussão do incumprimento no equilíbrio sinalagmático do contrato" (Athos Gusmão Carneiro. Inadimplemento contratual grave - discricionariedade do juiz. Revista de Processo. RT: São Paulo. Ano nº 20. Nº 78. 1995).

Não olvido que a reciprocidade da obrigação do devedor fiduciante "está no contrato principal objeto da garantia e, não no momento imediato, no contrato de alienação fiduciária em garantia" (Alexandre Gereto de Mello Faro. Regime jurídico da alienação fiduciária em garantia e alienação fiduciária de ações. Dissertação de Mestrado. PUC/SP, 2016, p. 64). Todavia, feitas as considerações retro alinhadas, entendo não ser possível ignorar que a alienação fiduciária (representada pela possibilidade de o credor utilizar da busca e apreensão, independentemente do valor inadimplido) constitui elemento de grande relevância no processo de forja e conformação do negócio principal (mútuo financeiro), razão pela qual a adoção da teoria do adimplemento substancial se torna descabida uma vez que o empecilho ao emprego efetivo da garantia revelaria espécie de violação positiva do contrato. O desprezo à garantia fiduciária significaria, sob o viés obrigacional no qual o devedor fiduciante encontra-se inserido, claro desrespeito aos deveres anexos de lealdade e cooperação. Haveria, destarte, nítida infringência à boa fé objetiva.

Conforme já foi salientado no curso deste Incidente, a alienação fiduciária em garantia constitui relevante instrumento de segurança às instituições financeiras, a partir da qual é possível conceder crédito no mercado de forma mais simplificada e menos desburocratizada, com nítida influência na fixação do patamar dos juros. Nas palavras de Francisco dos Santos Amaral:

(...) a alienação fiduciária em garantia visa dar maior segurança às operações feitas pelas financeiras, assim como assegurar maior rapidez na prestação jurisdicional, sem prejuízo da defesa dos devedores. Conciliam-se, assim, os interesses das instituições financeiras, dos investidores, e dos usuários e adquirentes dos bens de consumo e de produção, que se utilizam do crédito direto para a aquisição de bens de consumo durável (A alienação fiduciária em garantia no Direito Brasileiro. Conferência proferida na Ordem dos Advogados Portugueses em 22/03/1982 e na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 25/03/1982).

Importante apontamento também fez o Ministro Antonio Carlos Ferreira por ocasião do julgamento do REsp nº 1.622.555/MG, ocasião em que registrou que a "utilização incontida [da teoria do adimplemento substancial] pode avançar sobre direitos do credor e modificar as condições que foram levadas em consideração no momento em que estabelecidas as bases da contratação".

Acerca da significância jurídico-econômica da alienação fiduciária em garantia, leciona Manoel Justino Bezerra Filho que a "busca constante de maiores garantias para os negócios, exacerbada ainda com a relativização da garantia decorrente da hipoteca e do penhor, faz com que as buscas se voltem para a fidúcia, que se apresenta como a mais eficiente das normas garantidoras conhecidas" (Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição. Visão crítica da alienação fiduciária de imóveis da Lei 9.514/97. Revista da Escola Paulista da Magistratura. Ano I. 1993, p. 19, destaquei).

Portanto, a intenção de se retirar do credor fiduciário a faculdade de se valer da busca e apreensão configuraria evidente desrespeito às bases negociais a partir das quais a relação jurídica com o devedor fiduciante foi engendrada, havendo patente desconsideração aos deveres laterais da cooperação e lealdade, dando azo a inconcebível comportamento contraditório (venire contra factum proprium).

Ademais, o emprego da teoria da substancial performance é impertinente no caso sob regência, visto que seu intuito primordial consiste em impedir a resolução contratual, fim definitivamente não almejado pelo autor da ação de busca e apreensão (Marcelo Terra. Alienação fiduciária de imóvel em garantia. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 1998, p. 73/74). Nesse sentido, aliás, também propugnou o Ministro Marco Aurélio Belizze (relator para o acórdão do REsp nº 1.622.555/MG):

(...) o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Ao contrário. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e

agora, por ele, reputadas ínfimas). Esta é a prestação imediata - destaquei.

Em idêntica direção caminhou a Ministra Maria Izabel Gallotti no curso do referido Recurso Especial:

Observo que não busca o credor, por meio da ação de busca e apreensão, a rescisão do contrato; ao contrário, seu intuito é precisamente cumprir as cláusulas contratuais que lhe outorgam a propriedade fiduciária e o direito de que ela se consolide, em caráter pleno, em seu nome, se não cumprida igualmente a obrigação do mutuário - destaquei.

Outro importante aspecto a impedir a utilização da teoria do adimplemento substancial em sede de ações de busca e apreensão de bens garantidos por alienação fiduciária é a existência de um microsistema legal peculiar, regido pela Lei nº 4.728/1965 e pelo DL nº 911/1969. O art. 1.368-A do Código Civil (introduzido pela Lei nº 10.931/2004) corrobora referida conclusão: "As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial".

Há de se fazer o registro de que "o CC disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor fiduciário não for instituição financeira" (Francisco Eduardo Loureiro. Código Civil Comentado. Coord. Min. Cezar Peluso. Manole: Barueri. 7. Ed. 2013, p. 1.423).

Deste modo, tratando-se de mútuo bancário voltado à aquisição de bem móvel fungível, a legislação especial atua como paradigma normativo a reger as relações jurídicas então exsurgidas.

Assim, o emprego da substancial performance teria o condão de inverter toda a lógica normativa por trás do regime de alienação fiduciária em garantia de bem móvel fungível, indo contra (ainda que por via subjacente), por exemplo, ao entendimento vertido pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do REsp nº 1.418.593/MS (julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos), instante no qual foi firmada a orientação de que a restituição do veículo ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento da integralidade da dívida, não sendo possível a mera purga da mora.

Calha anotar, por oportuno, que a existência de um microsistema jurídico em paralelo ao Código Civil não tem o condão de excluir do âmbito de gravitação contratual princípios como o da boa fé e o da função social, uma vez que de matiz constitucional (Teresa Negreiros. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa fé. Renovar: Rio de Janeiro, 1998 e Antônio Junqueira de Azevedo. Princípios do novo direito contratual e desregulação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. RT: São Paulo. Ano 87. V. 750. Abril 1998).

O que ocorre, em verdade, é que a aplicação de tais princípios não pode ignorar, isto é, não pode se desvincular da base objetiva em que o elo negocial foi formatado. Partindo desse pressuposto, e tendo como noção primordial a circunstância de que em mútuo financeiro (como o sob exame) a garantia fiduciária constitui elemento funcionalmente não acidental, o uso da teoria do adimplemento substancial acabaria por macular a boa fé objetiva.

Nesse sentido, aliás, eis a manifestação do Ministro Marco Aurélio Bellizze no seio do REsp nº 1.622.555/MG:

Nesse contexto, é questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado do 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.

De outra senda, Ruy Rosado de Aguiar Jr. (conforme anteriormente mencionado, o grande responsável pela adoção da teoria do adimplemento substancial em terras brasileiras), ao analisar a Convenção de Viena (1980) sob o viés do inadimplemento, foi taxativo em expressar que "a desatenção ao prazo suplementar para cumprimento da obrigação principal caracteriza presumidamente violação fundamental" (op. cit., p. 215). Nesse cenário, importante considerar a lição de Otavio Luiz Rodrigues Junior, segundo o qual, atualmente, os autores ingleses colocam como um dos requisitos para utilização da substancial performance a diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que ela tenha se operado imperfeitamente (Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2

ed. Atlas: São Paulo, 2006, p. 72).

Isto posto, como seria possível entender que o devedor fiduciante, já em mora, instado extrajudicialmente a pagar o débito (medida obrigatória por parte do credor - vide Súmula nº 72/STJ), e novamente dada a oportunidade de quitação obrigacional em sede processual (art. 3º, § 2º, DL nº 911/1969) - de valor alegadamente diminuto -, permanecendo inerte, ciente dos rigorosos efeitos de seu comportamento, poderia ter sua conduta taxada de diligente?

A ausência de diligência do devedor fiduciante para com o adimplemento integral da prestação (considerando sua conduta durante todo o iter até a consolidação da propriedade e da posse do bem no patrimônio do credor fiduciário), portanto, excepciona o uso da doutrina do adimplemento substancial.

Seria pueril ignorar, também, que uma vez admitida a utilização da doutrina em espeque, o devedor fiduciante não restaria influenciado a faltar com as últimas prestações do financiamento, sabedor que o bem - ao menos incontinenti - não mais responderia pela mora. Calha ressaltar não se tratar de juízo presuntivo de má fé, mas antes de prelúdio acerca dos efeitos que uma decisão tomada pelo Poder Judiciário poderiam exercer sobre o espírito dos jurisdicionados.

Nos Estados Unidos da América, a propósito, não se admite o emprego da doutrina do adimplemento substancial nas hipóteses de desvio intencional ("intentional deviation" - nesse sentido: Apache Plaza Ltd. v. Midwest Savings Association (1990) e Max J. Wolff, Substantial performance of contracts in New York. Cornell Law Review. Vol. 16. 1931).

Nesse cenário, judicializar a investigação a respeito da motivação subjetiva da mora - numa realidade de contratos de massa - importaria considerável perplexidade ao célere mecanismo de busca e apreensão erigido pelo microsistema legal.

Há de levar em conta, outrossim, a função social do contrato como fator de obstaculização, in casu, da teoria citada. Vejamos.

De acordo com o escólio de Antonio Junqueira de Azevedo, a função social do contrato acaba por implicar na "proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade" (op. cit., p. 116).

Nessa linha de ideia, trago ao debate manifestação exarada pela Ministra Maria Isabel Gallotti por ocasião do julgamento do REsp nº 1.287.402/PR:

Então, por mais que pareça brusco que o credor tenha o direito de dar por vencida a dívida integralmente, de vender o bem, e, se o devedor não pagar a dívida inteira, já ser expedido um certificado de propriedade em nome do credor, ou de um terceiro, é exatamente essa possibilidade que o sistema jurídico dá, de o credor saber que, diante da inadimplência, ele vai reintegrar, rapidamente, o bem ao seu patrimônio, para vendê-lo e imputar no pagamento da dívida, isso é que possibilita o aumento da concessão de crédito e deveria levar a uma diminuição de taxa de juros, que, se não acontece, é um problema de economia de mercado, que será ainda mais agravado se houver decisões judiciais que tirem a força do sistema de alienação fiduciária.

Nesse diapasão, abordando a intervenção do Judiciário na economia do contrato, também é o entendimento do Ministro Antonio Carlos Ferreira, in verbis:

Registro que sua utilização incontida pode avançar sobre direitos do credor e modificar as condições que foram levadas em consideração no momento em que estabelecidas as bases da contratação, socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos (REsp nº 1.581.505/SC).

De igual modo é o pensamento do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

(...) não se pode deixar de reconhecer que a aplicação da tese do adimplemento substancial na hipótese em comento, a pretexto de proteger o consumidor, parte vulnerável da relação contratual, acaba, em última análise e na realidade dos fatos, a prejudicar o consumidor adimplente, que, doravante, terá que assumir o ônus pelo inarredável enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária, naturalmente com o pagamento de juros mais elevados (REsp nº 1.622.555/MG).

Restam, destarte, evidentes os perniciosos efeitos no mercado de produção e consumo caso a doutrina do adimplemento substancial fosse acolhida na espécie, dado o inevitável incremento dos juros e do maior rigor quanto à concessão de crédito, havendo aumento da burocracia e prejuízo à circulação de bens, especialmente veículos e maquinários agrícola e industrial.

O Superior Tribunal de Justiça também vem alertando para as consequências negativas, em termos processuais, que a eventual adoção da doutrina da substancial performance poderia vir a gerar na hipótese

negocial sob comento. Sendo o credor conduzido a se valer de uma ação de cobrança, indenizatória ou de uma demanda executiva, ao fim e ao cabo o patrimônio constrito para fins de satisfação do direito de crédito acabaria coincidindo, no mais das vezes, com o próprio veículo alvo da garantia fiduciária. Tal situação revelaria absurda contrariedade aos princípios da economia e celeridade processuais.

Seria crível, outrossim, considerando a menor agilidade do procedimento comum, dada a realidade que permeia a praxe forense, que, no momento da excussão do bem alienado fiduciariamente, o credor não mais o encontrasse sob a posse direta do devedor, dificultando sua localização e, conseqüentemente, esvaziando a eficácia da garantia. Tal quadra teria o condão de corroborar, no campo prático, para o enriquecimento indevido por parte do devedor, transmudando o emprego da doutrina do adimplemento substancial em ferramenta legitimadora do abuso de direito. Em outra instância, haveria lamentável perda do grau de efetividade da jurisdição.

Em conclusão, "a propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta[ria] comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial" (REsp nº 1.622.555/MG, DJe 16/03/2017).

Feitas tais considerações, passo ao exame de pontos levantados no processo ainda sem enfrentamento (expresso ou tácito).

A DPMG aludiu que na prática incorre prestação de contas por parte dos bancos após a venda extrajudicial do veículo, deixando de cotejar os valores recebidos com a alienação do bem e os débitos do devedor, sendo comum a interposição de recursos especiais voltados à verificação do necessário encontro de contas.

Ora, a questão acerca da prestação de contas decorre de comando legal expresso (art. 2º, caput, DL nº 911/1969), cabendo ao devedor - na condição de maior interessado - exigir da instituição financeira a apresentação dos dados contábeis, peticionando ao juízo com vistas à correlata fiscalização, de modo a restar observada a regra jurídica em destaque.

A Defensoria Pública disse, ainda, ser comum o manejo de recursos dirigidos ao afastamento de abusividades contratuais.

O sistema jurídico pátrio, como curial, permite o afastamento da mora quando presente ilicitude em encargo bancário incidente no período da normalidade contratual. Tal aspecto, todavia, em nada tangencia (maxima venia) a questão posta em debate neste IRDR, já que a adoção da teoria do adimplemento substancial ou sua recusa não sofre influência pela circunstância de existir abusividade na avença. Em verdade, o afastamento da mora teria o condão de derruir a medida de busca e apreensão, tornando inútil o debate sobre o adimplemento significativo.

Quanto à alegação da DPMG de que eventual manifestação favorável à tese teria o viés de criar um ambiente favorável à solução desjudicializada dos conflitos, penso que o arcabouço sócio-normativo, como atualmente estruturado, já milita nessa direção, uma vez que a casa bancária não se socorre do Judiciário imediatamente após a configuração da mora. Nos termos alhures declinados, seja por imposição legal, seja em vista da realidade fática, o devedor é procurado extrajudicialmente pelo banco no intuito de uma composição amigável.

O Ministério Público Estadual, por sua vez, destacou que o veículo não raras vezes é vendido pelo preço inferior de mercado, importando ulterior prejuízo ao consumidor. Tal questionamento, também, concessa venia, não configura elemento suficiente a influir no juízo de avaliação acerca da tese ora em construção, orbitando discussão aleatória, relevante (registro), mas sem pertinência com o objeto deste Incidente.

Idêntico fundamento replico quanto ao ponto suscitado pelo IDEC, segundo o qual a venda extrajudicial do veículo gera verdadeiro bis in idem, pois, o devedor além de perder o patrimônio, de forma reflexa, fica desprovido de seu respectivo valor, muito superior à quantia inadimplida (o que, de outro lado, caracteriza enriquecimento ilícito em prol da casa bancária). Tal questionamento (assim como o levantado pelo Ministério Público) busca, essencialmente, criticar a própria diretriz legislativa, não sendo este o palco correto de discussão.

Por derradeiro, o IDEC aduziu que a falta de aceitação da doutrina do adimplemento substancial teria o poder de vulnerar o art. 4º do CDC.

Penso que a alegação, entretanto, não procede. A teoria da substancial performance foi erigida com o intuito de conceber maior racionalidade e equidade ao direito potestativo do credor de ver resolvido o contrato, balizando o uso do referido poder. O emprego da mencionada doutrina exige o preenchimento de certos requisitos (conforme visto), de modo a equalizar os interesses de ambas as partes envolvidas na relação jurídica, prestigiando acima de tudo o desiderato fundamental do negócio.

Nesse íterim, os princípios elencados no art. 4º do CDC não podem ser interpretados de forma estanque, isolados do contexto normativo incidente e desconectados da atual teoria dos contratos, concebida com vistas a evidenciar o negócio jurídico como processo, funcionalizado e em conformidade com a boa fé objetiva.

Registradas e analisadas as ponderações alhures voto, portanto, no sentido de firmar a seguinte tese: A teoria do adimplemento substancial é inaplicável em sede de contrato de mútuo bancário garantido por alienação fiduciária para aquisição de bem móvel fungível.

DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

Acompanho a douta Relatora, Desembargadora Claudia Maia, também, por entender que, devidamente comprovada a mora ou o inadimplemento, o DL 911/69 autoriza que o credor fiduciário possa se valer da ação de busca e apreensão, sendo irrelevante examinar quantas parcelas já foram pagas ou estão em aberto.

No caso, mostra-se incongruente impedir a utilização da ação de busca e apreensão pelo simples fato de restarem poucas prestações a serem pagas, considerando que a lei de regência do instituto expressamente exigiu o pagamento integral da dívida pendente.

Assim, a propriedade fiduciária, concebida pelo legislador, foi justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, restaria comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

De salientar-se que o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.622.55, decidiu pela não aplicação da Teoria da inadimplemento substancial, em 22/02/2017, sob o fundamento de que há um prejuízo em todo o sistema de financiamento, que pressupõe esta garantia quando se trata de alienação fiduciária.

Isso posto, acompanho a tese firmada, pela douta Relatora, de ser inaplicável, em sede de contrato de mútuo bancário, garantido por alienação fiduciária, para aquisição de bem móvel fungível, a teoria do adimplemento substancial.

DES. ALEXANDRE SANTIAGO

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, cuja instauração foi requerida pelo Eminentíssimo Desembargador Carlos Henrique Perpétuo Braga na condição de relator do recurso de apelação nº 1.0183.15.002907-6/001, interposto por ITAÚ VEÍCULOS S/A contra a sentença proferida pela Juíza da 4ª Vara Cível da Comarca de Conselheiro Lafaiete, que julgou extinta, nos termos do artigo 267, VI, do CPC/73, a Ação de Busca e Apreensão ajuizada pela Instituição Financeira em desfavor de SILVIA MARIA DOS SANTOS OLIVEIRA.

O Incidente foi admitido por maioria pela Egrégia Segunda Seção, pois presentes os respectivos requisitos legais.

Em seguida, foi determinada a suspensão dos processos em trâmite na Justiça Comum Estadual, tanto na fase de conhecimento quanto em grau recursal.

Foi determinada a intimação das partes interessadas, bem como da FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos), FNECDC (Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor), SENACON (Secretaria Nacional do Consumidor), MPCON (Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor), Defensoria Especializada do Consumidor (Defensoria Pública de Minas Gerais) e o IBDCivil (Instituto Brasileiro de Direito Civil), para se manifestarem nos autos.

Foi deferida a habilitação como amicus curiae da DPMG e do BANCO DO BRASIL S/A.

O Incidente retornou para a ilustre Desembargadora Cláudia Maia, Relatora do feito, que defende a seguinte tese:

A teoria do adimplemento substancial é inaplicável em sede de contrato de mútuo bancário garantido por alienação fiduciária para aquisição de bem móvel fungível.

Data venia ao posicionamento da eminentíssima Desembargadora Relatora, ousou divergir da tese sugerida, por considerar a aplicabilidade da citada teoria, de forma excepcional e de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Inicialmente, cumpre destacar que a teoria do adimplemento substancial teve origem no direito inglês, no século XVIII, tendo sido desenvolvida para superar os exageros do formalismo exacerbado na execução dos contratos em geral. Assim, segundo referida teoria, o credor fica impedido de rescindir o contrato, caso haja cumprimento de parte essencial da obrigação assumida pelo devedor; porém não perde o direito de obter o restante do crédito, podendo ajuizar demanda de cobrança para tanto.

O adimplemento substancial, conforme lição de Clóvis Couto e Silva:

Constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva). (O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: Editora Revista

dos Tribunais, 1980, p. 56).

A respeito do adimplemento substancial do contrato, eis a lição da doutrina de Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosendal:

A tese do inadimplemento mínimo é uma das formas de controle da boa-fé sobre a atuação de direitos subjetivos. Atualmente, é possível questionar a faculdade do exercício do direito potestativo à resolução contratual pelo credor, em situações caracterizadas pelo cumprimento de substancial parcela do contrato pelo devedor, mas em que, todavia, não tenha suportado adimplir pequena parte da obrigação.

É que se apresenta abusivo o exercício de um direito pela parte que pretende ver resolvido um negócio jurídico somente porque a contraparte descumpriu, minimamente, as suas obrigações. É o abuso do direito à rescisão de um contrato, porque os drásticos efeitos que podem decorrer afrontam o senso ético exigido das partes. (...).

Pois bem, em contratos de promessa e venda e de alienação fiduciária, não são raras as situações em que o contratante praticamente liquida o débito, porém, ao final do negócio jurídico, sucumbe diante de pequena parcela do contrato. Em tese, o credor poderá ajuizar ação de reintegração de posse ou busca e apreensão e reaver o bem imóvel ou móvel, como consequência do surgimento da pretensão ao crédito, decorrente da lesão ao direito material. Nada obstante, a perda do bem vital (apartamento, automóvel) é um sacrifício excessivo ao devedor, em face do pequeno vulto do débito.

Daí a abusividade do exercício do direito resolutório, concedendo-se ao credor a possibilidade de ajuizar a ação necessária ao recebimento do crédito. (Direito civil: teoria geral. 9ª Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, pp. 697-699).

Partindo dessa sucinta definição do instituto, pode-se perceber que o cerne da teoria em tela é preservar a existência e consecução de um contrato que já foi adimplido de forma considerável, evitando-se, com isso, que as partes retornem ao estado anterior à contratação não obstante já terem se aproximado de sua quitação integral.

A partir do Código Civil de 1916, a doutrina e a jurisprudência passaram a desenvolver o instituto a partir de uma interpretação sistemática das regras do artigo 955 e do parágrafo único do artigo 1092, à luz do princípio da boa-fé.

Art. 955. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados. (Código Civil/1916)

Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Se, depois de concluído o contrato, sobreviver a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou de garantia bastante de satisfazê-la. Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos. (Código Civil/1916)

A partir da vigência do Código Civil de 2002, a boa fé objetiva passou a ser um princípio positivado em nosso ordenamento jurídico, especialmente no enunciado do artigo 422, o que facilitou, de forma considerável, a adoção da teoria do adimplemento substancial por nossa doutrina e jurisprudência.

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

A "boa-fé objetiva" constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe ao contratante que atue com honestidade, lealdade e probidade.

Deve-se reconhecer que a teoria do adimplemento substancial é uma das formas de expressão do princípio da boa fé objetiva em nosso ordenamento jurídico, a qual somente pode ser aplicada quando o adimplemento da obrigação do devedor é tão próximo do resultado final, que a resolução do contrato revela-se medida exagerada e desproporcional.

O artigo 187 do Código Civil de 2002, que permite a limitação do exercício de um direito subjetivo pelo seu titular quando se colocar em confronto com o princípio da boa-fé objetiva, é o fundamento legal utilizado para embasar a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os

limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Conforme determinado pelo artigo 475 do Código Civil, ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor, pode o credor optar por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato.

A teoria do adimplemento substancial aplica-se, excepcionalmente, nos casos em que o cumprimento parcial da obrigação ocorre de forma tão próxima ao resultado final, que o direito do credor é limitado, pois a resolução direta do contrato seria medida desproporcional.

Em que pese a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça não ser pacífica acerca da matéria, em diversos julgados aquela Egrégia Corte posicionou-se pela aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, analisando se, no caso concreto, o valor inadimplido seria irrelevante comparando-se com o montante já quitado.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO. INADIMPLEMENTO. RELEVÂNCIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O uso do instituto da substancial performance não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações.

2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada "Teoria do Adimplemento Substancial" não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descuidar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.

3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917).

4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1581505/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 28/09/2016)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATOS. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO PARCIAL DOS CONTRATOS. INADIMPLEMENTO DE PARCELAS MENSIS E SEMESTRAIS. FATOS INCONTROVERSOS. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE.

1. Discussão acerca da aplicação da chamada Teoria do Adimplemento Substancial, instituto que pode, eventualmente, restringir o direito do credor à resolução contratual previsto no artigo 475 do CC/02 (art. 1.092, § único, do CC/16), tendo por fundamento a função de controle do princípio da boa-fé objetiva.

2. "O adimplemento substancial constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva)".

3. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

4. Caso concreto em que restou incontroverso que a devedora inadimpliu parcela relevante da contratação (cerca de um terço do total da dívida contraída), mostrando-se indevida a aplicação, pelo Tribunal de origem, da Teoria do Adimplemento Substancial.

5. Necessidade de retorno dos autos à origem a fim de que proceda ao julgamento dos demais pedidos constantes da petição inicial, bem como da reconvenção. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1636692/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSTORNOS RESULTANTES DA BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL. FINANCIAMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLEMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO DE APENAS UMA DAS PARCELAS CONTRATADAS. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO

SUBSTANCIAL DO CONTRATO. BUSCA E APREENSÃO.

AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DECRETO-LEI Nº 911/1969. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA RECURSAL. INDEFERIMENTO. TERMO FINAL PARA APRESENTAÇÃO. INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO.

1. Ação indenizatória promovida por devedor fiduciante com o propósito de ser reparado por supostos prejuízos, de ordem moral e material, decorrentes do cumprimento de medida liminar deferida pelo juízo competente nos autos de ação de busca e apreensão de automóvel objeto de contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia.

2. Recurso especial que veicula pretensão da instituição financeira ré de (i) ver excluída sua responsabilidade pelos apontados danos morais, reconhecida no acórdão recorrido, por ter agido, ao propor a ação de busca e apreensão do veículo, em exercício regular de direito e (ii) ver reconhecida a inaplicabilidade, no caso, da "teoria do adimplemento substancial do contrato".

3. A prerrogativa conferida ao recorrente pelo art. 501 do Código de Processo Civil - de desistir de seu recurso a qualquer tempo e sem a anuência do recorrido ou eventuais litisconsortes - encontra termo final lógico no momento em que iniciado o julgamento da irresignação recursal. Não merece homologação, no caso, pedido de desistência recursal apresentado após já ter sido proferido o voto do relator e enquanto pendia de conclusão seu julgamento em virtude de pedido de vista. Precedentes.

4. A teor do que expressamente dispõem os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 911/1969, é assegurado ao credor fiduciário, em virtude da comprovação da mora ou do inadimplemento das obrigações assumidas pelo devedor fiduciante, pretender, em juízo, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. O ajuizamento de ação de busca e apreensão, nesse cenário, constitui exercício regular de direito do credor, o que afasta sua responsabilidade pela reparação de danos morais resultantes do constrangimento alegadamente suportado pelo devedor quando do cumprimento da medida ali liminarmente deferida.

5. O fato de ter sido ajuizada a ação de busca e apreensão pelo inadimplemento de apenas 1 (uma) das 24 (vinte e quatro) parcelas avençadas pelos contratantes não é capaz de, por si só, tornar ilícita a conduta do credor fiduciário, pois não há na legislação de regência nenhuma restrição à utilização da referida medida judicial em hipóteses de inadimplemento meramente parcial da obrigação.

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

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

8. Recurso especial provido para, restabelecendo a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido indenizatório autoral.

(REsp 1255179/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 18/11/2015)

No julgamento do REsp 76.362/MT, a Quarta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça apresentou os requisitos necessários para a aplicação da teoria do adimplemento substancial:

- a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes;
- b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio;
- c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários

(REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917)

Verifica-se, ainda, que a jurisprudência majoritária do nosso Egrégio Tribunal reconhece a validade da teoria do adimplemento substancial, sendo imprescindível o exame detalhado de cada caso concreto em julgamento, para verificar se estão presentes os requisitos para sua aplicabilidade.

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONSTITUIÇÃO EM MORA. PURGAÇÃO DA MORA. INTEGRALIDADE DA DÍVIDA. STJ TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INVIABILIDADE DE SUA APLICAÇÃO. Sendo o juiz o destinatário das provas, cabe a ele determinar as que, considera necessária à melhor formação de sua convicção sobre o mérito. Ao magistrado incumbe velar pela rápida solução do litígio, indeferindo as provas que considere inúteis, pois servirão apenas para protelar a entrega da tutela jurisdicional. A comprovação da mora é requisito indispensável para o

ajuizamento da ação de busca e apreensão, a teor do art. 2º, § 2º do Decreto-Lei 911/69 e Súmula 72 do STJ. É válida a notificação expedida por cartório diverso daquele do domicílio do devedor, haja vista não haver óbice legal em que a mesma seja realizada dessa forma. Não atua o tabelião fora de sua área de competência, pois o ato é lavrado na própria comarca em que está circunscrito, cabendo ao credor a escolha do serviço notarial, a teor do art. 8º, da Lei nº. 8.935/94. Se a notificação foi entregue no endereço fornecido pelo devedor no contrato celebrado, a mesma é válida, cumprindo a exigência do Decreto-Lei nº 911/69. Nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado em sede de recurso repetitivo, nas ações de busca e apreensão não há possibilidade de purga da mora pelo devedor, sendo-lhe facultado tão somente o pagamento da integralidade da dívida, tal como cobrado pelo credor na inicial, no prazo de 05 (cinco) dias da execução da liminar, para que lhe seja restituído o bem livre de ônus. Aplica-se a "Teoria do Adimplemento Substancial" apenas nos casos de cumprimento expressivo e significativo das obrigações assumidas. Inexistente o pagamento de parte considerável da obrigação, não há que se falar em sua aplicação. (TJMG - Apelação Cível 1.0451.06.007006-2/001, Relator (a): Des.(a) Estevão Lucchesi, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/01/2018, publicação da súmula em 02/02/2018) - grifei.

**APELAÇÃO - BUSCA E APREENSÃO - NOTIFICAÇÃO - PRESCINDIBILIDADE DE REALIZAÇÃO PESSOAL - SUFICIÊNCIA DE ENVIO AO ENDEREÇO PREVISTO NO CONTRATO - INVALIDAÇÃO DE ENCARGOS RELATIVOS AO PERÍODO DE ANORMALIDADE DO CONTRATO - INAPTIDÃO PARA ELIDIR A MORA DO DEVEDOR - TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL - REQUISITOS.**

Para a caracterização da mora do devedor em ação de busca e apreensão não é necessária seja a notificação pessoal, sendo válida a comunicação dirigida ao endereço previsto no contrato.

A invalidação de encargos relativos ao período de anormalidade do contrato consiste em circunstância inapta a elidir a mora do devedor.

Para a aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato é imprescindível que o valor não pago seja irrisório diante da obrigação assumida. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.189004-6/001, Relator (a): Des.(a) Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/11/2017, publicação da súmula em 13/12/2017) - grifei.

**AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - LITISPENDÊNCIA - NÃO OCORRÊNCIA - REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS - CAUSAS DE PEDIR E PEDIDOS DISTINTOS - NULIDADE DA SENTENÇA - REUNIÃO DOS FEITOS - DESNECESSIDADE DE JULGAMENTO SIMULTÂNEO - REJEIÇÃO - TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL - INAPLICABILIDADE - SENTENÇA MANTIDA.**

- De acordo com os §§ 1º e 2º do art. 337 do CPC/2015 (correspondentes aos §§ 1º e 2º do art. 301, do CPC/73), a litispendência irá ocorrer na hipótese em que houver reprodução da ação anteriormente ajuizada, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

- Sendo manifesta a ausência de identidade de causa de pedir e de pedidos das ações, deve ser afastada a preliminar de litispendência.

- Nos termos do art. 55, § 1º do CPC/2015, não há que se cogitar da reunião dos processos de ações conexas para decisão conjunta, quando um deles já houver sido sentenciado.

- De acordo com a Teoria do Adimplemento Substancial, diante do cumprimento de parcela relevante das obrigações e sendo insignificante o inadimplemento do devedor, não será cabível a rescisão do contrato, cabendo ao credor apenas a possibilidade de obtenção da quantia devida, através do ajuizamento de ação de cobrança.

- No caso dos autos, o valor inadimplido não se mostra insignificante, uma vez que, conforme alegação do próprio apelante, houve o pagamento de apenas 25% dos valores devidos. (TJMG - Apelação Cível 1.0134.14.007892-1/001, Relator(a): Des.(a) Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/02/2018, publicação da súmula em 09/02/2018) - grifei

Registro que a adoção da teoria deve ser realizada com prudência e cautela pelos magistrados, de forma a não motivar que o devedor, que já cumpriu grande parte de suas obrigações, se beneficie da medida e torne-se inadimplente, o que, inclusive, acabaria por onerar, de forma indireta, as obrigações futuras a serem contraídas por novos consumidores, eis que o risco do negócio a ser considerado pela instituição financeira seria maior.

Devemos sempre lembrar que se trata de situação excepcional, regida pelo princípio da boa fé, a qual não pode ser utilizada para inverter a lógica-jurídica que pressupõe o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações.

O direito ao crédito deve ser sempre preservado, razão pela qual não serão causados prejuízos às Instituições Financeiras, conforme alegado pela FEBRABAN, sendo que a limitação restringe-se apenas à forma com que este pode ser exigido pelo credor, que, nestes casos, não pode optar pelo modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato.

Desta forma, aplicação do referido instituto não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, sendo que o credor fiduciário fica possibilitado de perseguir o crédito remanescente, pelos meios em direito admitidos.

Verifica-se, ainda, que a Procuradoria Geral de Justiça, no parecer apresentado às fls. 274/281, se manifestou de forma favorável à aplicação da teoria do adimplemento substancial em contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia.

Feitas tais considerações, voto no sentido de fixar a seguinte tese:

A teoria do adimplemento substancial é aplicável em sede de contrato de mútuo bancário garantido por alienação fiduciária para aquisição de bem móvel fungível, desde que o pagamento faltante seja ínfimo, comparando-se com o total do negócio.

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ ARTHUR FILHO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. PEDRO ALEIXO - De acordo com o(a) Relator(a).

DESA. JULIANA CAMPOS HORTA

De acordo com a doutra Relatora pela tese firmada, notadamente pelo fato de que o devedor deve ser diligente no que tange às suas responsabilidades contratuais, precipuamente em face do cumprimento integral da obrigação atrelada ao credor para com o sinalagma.

Ademais disso, como bem ponderado pela ilustre relatora, a alienação fiduciária em garantia constitui relevante instrumento de segurança ao credor, no caso, às instituições financeiras, sendo instrumento que facilita a concessão de crédito com menos burocracia aos interessados, o que ressalta sua função jurídico, econômica e social.

Peço vênha para citar trecho esclarecedor do voto em questão "... a intenção de se retirar do credor fiduciário a faculdade de se valer da busca e apreensão configuraria evidente desrespeito às bases negociais a partir das quais a relação jurídica com o devedor fiduciante foi engendrada, havendo patente desconsideração dos deveres laterais da cooperação e lealdade, dando azo a inconcebível comportamento contraditório (venire contra factum proprium). (...)"

Aplicar a teoria do adimplemento substancial inadvertidamente ao universo de contratos vigentes no cenário econômico nacional é "socializar os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimentos de todos." (Ministro Antônio Carlos Ferreira - Resp. nº1.581.505/SC)

Em face do exposto, voto com a relatora para firmar a tese proposta de que "A teoria do inadimplemento substancial é inaplicável em sede de contrato de mútuo bancário garantido por alienação fiduciária para aquisição de bem móvel fungível.".>

DES. AMAURI PINTO FERREIRA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - De acordo com o(a) Relator(a).

**SÚMULA: "NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, VENCIDO O TERCEIRO VOGAL, FIRMARAM A SEGUINTE TESE: A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL É INAPLICÁVEL EM SEDE DE CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PARA AQUISIÇÃO DE BEM MÓVEL FUNGÍVEL"**