


RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
RECORRENTE : BANCO VOLKSWAGEN S.A
ADVOGADOS : ANA LUIZA DURO KELLER - MG117879
NATHÁLIA PORTO FRÓES KASTRUP - RJ155144
RODRIGO LELIS RIBEIRO LEITE - MG150292
MANOEL ARCANJO DAMA FILHO - MT004482N
RECORRIDO : 
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

EMENTA

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. REMANCIPIAÇÃO 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.

2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso — desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável —, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n.

911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. 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). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso especial para reconhecer a existência de interesse de agir do demandante em promover ação de busca e apreensão, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, determinando o retorno dos autos à origem, e o prosseguimento do feito tal como proposto (ação de busca e apreensão), nos termos do voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze os Srs. Antonio Carlos Ferreira, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Vencidos os Srs. Ministros Marco Buzzi (Relator) e Luis Felipe Salomão.

Superior Tribunal de Justiça

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.
Brasília, 22 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator p/Acórdão

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2015/0279732-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.622.555 / MG

Números Origem: 00356866020148130443 10443140035686001 10443140035686002
10443140035686003 10443140035686004

PAUTA: 08/02/2017

JULGADO: 08/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**


Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BANCO VOLKSWAGEN S.A
ADVOGADOS : ANA LUIZA DURO KELLER - MG117879
NATHÁLIA PORTO FRÓES KASTRUP - RJ155144
RODRIGO LELIS RIBEIRO LEITE - MG150292
MANOEL ARCANJO DAMA FILHO - MT004482N
RECORRIDO : 
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Alienação Fiduciária

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por determinação do Sr. Ministro Relator, com previsão de julgamento em 22/02/2017.

adimplido substancialmente o contrato (91,66%).

Interposta a apelação, o Desembargador relator negou seguimento ao recurso (fls. 61-66) face a interpretação sistemática dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da vedação ao enriquecimento sem causa.

O órgão colegiado, em sede de agravo interno, manteve a deliberação nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NEGATIVA MONOCRÁTICA DE SEGUIMENTO. REGULARIDADE. A teoria do adimplemento substancial tem sido aplicada pelos tribunais pátrios como instrumento de equidade colocado à disposição do intérprete para que nas hipóteses em que a extinção da obrigação esteja muito próxima do fim, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato mediante a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, permitindo-se somente a propositura de ação de cobrança do saldo em aberto ou eventual execução.

Em suas razões recursais (fls. 86-102), o recorrente aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 2º, § 2º e 3º, do DL 911/69 e 422 do Código Civil, sustentando, em síntese: **a)** a necessidade de deferimento da liminar de busca e apreensão ante o inadimplemento do devedor fiduciário, por consistir direito do credor utilizar-se de quaisquer das tutelas disponíveis para a satisfação de seu crédito, estando presente o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, não cabendo ao poder judiciário limitar qual o tipo de ação deve ser intentada" pelo credor fiduciário; e, **b)** a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, porquanto o Decreto regulamentador da matéria não impõe limites para o ajuizamento da ação da busca e apreensão haja vista que o bem garantidor da obrigação é até a quitação integral da dívida de propriedade do credor fiduciário, bem ainda não se tratar se valor irrisório, considerando o montante total do mútuo contratado.

Inadmitido o recurso na origem, adveio agravo (art. 544 do CPC/73) visando destrancar a insurgência, tendo este signatário negado-lhe provimento (fls. 157-160). Em sede de agravo regimental no bojo do qual não se conhecia do reclamo ante a violação ao princípio da dialeticidade (súmula 182/STJ), o colegiado da Quarta Turma, por maioria, conheceu do agravo regimental e na oportunidade determinou a conversão do agravo em recurso especial. E, acolhendo questão de

Superior Tribunal de Justiça

ordem suscitada pelo relator, a Turma, por maioria, afetou o julgamento do feito à Segunda Seção.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO PELO DECRETO 911/69 - MÚTUO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE EXTINGUIRAM O PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, EM RAZÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO NÃO PERMITIR A RESOLUÇÃO DO AJUSTE MEDIANTE A BUSCA E APREENSÃO DO BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE, PERMITINDO-SE SOMENTE A PROPOSITURA DE AÇÃO DE COBRANÇA DO SALDO EM ABERTO OU EVENTUAL EXECUÇÃO.

Hipótese: **Controvérsia referente à análise acerca da possibilidade de deferimento liminar e manejo da ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, quando verificado o adimplemento substancial do contrato.**

1. Consoante a teoria do adimplemento substancial, admitida doutrinária e jurisprudencialmente, e que tem sua aplicação fundada nos princípios da boa-fé objetiva (CC/02, art. 422), da função social dos contratos (CC/02, art. 421), da vedação ao abuso de direito (CC/02, art. 187) e ao enriquecimento sem causa (CC/02, art. 884), não se deve acolher a pretensão do credor fiduciário de extinguir o negócio mediante a utilização de medida judicial que na prática enseja a quebra do liame contratual, com a retirada forçada do bem alienado fiduciariamente, em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

2. O adimplemento substancial atua como instrumento de equidade diante da situação fático-jurídica subjacente, permitindo soluções razoáveis e sensatas, conforme as peculiaridades do caso.

3. A aplicação da substancial performance não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (embora considerado de singela importância comparativamente à totalidade da obrigação contratual), valendo-se, inclusive, de instrumento ínsito na norma jurídica disciplinadora da matéria, que oportuniza solucionar o conflito de modo eficaz e razoavelmente mais equânime.

4. Na hipótese, o credor, sob a alegação de que possui a faculdade de escolher a medida que melhor lhe satisfaça, optou pelo meio mais gravoso para o ressarcimento de seu crédito, o que viola os ditames das legislações adjetivas e substantivas, bem ainda os ditames principiológicos

norteadores do sistema normativo voltado à consagração do princípio da boa-fé objetiva.

5. Em razão dos ditames do NCPD, sendo expressamente reconhecido o direito das partes obterem em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º), bem ainda que todos os sujeitos do processo devem cooperar para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º), adequado facultar à parte autora, nos termos do art. 329, inciso I, a emenda da petição inicial para que a demanda possa prosseguir de modo menos gravoso ao devedor.

6. Recurso especial parcialmente provido para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e determinar o retorno dos autos à origem, facultando à parte autora emendar a petição inicial para que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor.

VOTO VENCIDO

O SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

O reclamo merece prosperar em parte, possibilitando-se a emenda da petição inicial a fim de que o pedido seja adequado à satisfação do valor inadimplido de modo menos gravoso ao devedor, com o consequente prosseguimento da demanda sem a necessidade de deflagração de nova ação.

Cinge-se a controvérsia à análise acerca da possibilidade de deferimento liminar e manejo da ação de busca e apreensão, quando verificado o adimplemento substancial da avença.

1. No caso, verifica-se que embora houvesse mora no pagamento das prestações contratuais por parte do devedor do contrato de mútuo com garantia fiduciária, o Tribunal local asseverou, com base no acervo fático-probatório acostado aos autos com a petição inicial, ter havido a quitação de parte considerável da dívida, próximo ao montante originariamente avençado entre as partes, estando inadimplente o consumidor somente com as 4 últimas parcelas de um total de 48, decorrente da aquisição de veículo Gol City, 1.0, preto, modelo 2008.

O crédito concedido pela casa bancária para a aquisição do veículo foi realizado mediante título executivo extrajudicial (cédula de crédito bancário) no importe de R\$ 14.739,17 (quatorze mil, setecentos e trinta e nove reais e dezessete centavos), tendo ficado ajustado que a quitação do mútuo se daria mediante o

pagamento de 48 prestações no valor nominal de R\$ 439,86 (quatrocentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos), ocorrendo o vencimento da primeira em 10/10/2010 e o da última em 10/09/2014, ou seja, caberia ao devedor, para a plena quitação de sua obrigação, pagar ao credor fiduciário a quantia de R\$ 21.113,28 (vinte e um mil cento e treze reais e vinte e oito centavos).

Aduziram as instâncias ordinárias ter o mutuário adimplido com o valor de R\$ 19.353,84 (dezenove mil trezentos e cinquenta e três reais e oitenta e quatro centavos), logo, cumprido com 91,66% do contrato, motivo pelo qual aplicável, ao caso, a teoria do adimplemento substancial, que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, afirmando ser a financeira carecedora de ação, por falta de interesse-adequação, por configurar abuso de direito a parte pleitear a rescisão do contrato quando substancialmente adimplido, razão porque fora indeferida a liminar e julgado extinto o feito sem resolução do mérito.

Reiteradas tais ponderações, recorda-se que o interesse fundamental a impulsionar o ajuizamento da presente ação não é o bem alienado em si, mas sim a satisfação do suposto crédito de titularidade da instituição financeira no importe de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos), o que pode ser alcançado por outras vias, sem a necessidade da quebra do liame contratual, com a retirada forçada do automóvel adquirido pelo financiado. Evidentemente, ainda que vendido o bem, quitada a dívida e devolvido ao consumidor eventual saldo da venda, o desequilíbrio contratual seria de grande monta, pois ficaria a financeira completamente satisfeita enquanto o consumidor, a despeito de cumprida a obrigação, remanesceria sem o bem e desprovido de quantia suficiente para a aquisição de outro.

Constata-se que o adimplemento já implementado pelo devedor se aproxima bastante do valor contratado, a determinar o adimplemento substancial do ajuste e inviabilizar a possibilidade da casa bancária (fornecedora) de deflagrar a demanda de busca e apreensão, voltada exclusivamente à ruptura do vínculo negocial, com a retomada do bem cuja propriedade já está praticamente consolidada ao devedor.

1.1 O Código Civil de 2002 não previu, formalmente, o adimplemento substancial. Sua aplicação vem se realizando com base nos princípios da boa-fé

Superior Tribunal de Justiça

objetiva (CC/02, art. 422), da função social dos contratos (CC/02, art. 421), da vedação ao abuso de direito (CC/02, art. 187) e ao enriquecimento sem causa (CC/02, art. 884).

A boa-fé objetiva norteia as relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º e 51, inciso IV do CDC), servindo, o aludido princípio, como informativo à conduta a ser guardada e observada pelos contraentes, prévia, durante e posteriormente à conclusão do contrato.

Referido princípio constitui um dos pilares de sustentação da teoria do adimplemento substancial, cuja doutrina se insere no contexto das transformações sociais, econômicas e éticas sofridas pela ordem civil-constitucional, no seio da preocupação concreta-funcional de preservação das avenças.

O diploma civilista estabeleceu expressamente a boa-fé objetiva como princípio orientador das relações contratuais, positivando, também, a função social como primado a ser observado quando do exame das relações contratuais, representando este último princípio a preocupação estatal no sentido de que satisfaçam não só o interesse das partes envolvidas no negócio, mas da sociedade como um todo, à qual interessa sejam devidamente cumpridos os contratos, de modo a permitir a segura circulação de riquezas, com o desenvolvimento econômico/social do país.

Desse modo, ainda que assista ao credor o direito de pleitear a resolução do contrato, face à mora do devedor, consoante, inclusive, previsto no artigo 475 do Código Civil, referido direito encontra limitação no campo de atuação da boa-fé objetiva, cumprindo ao julgador averiguar se é razoável a completa destruição do vínculo contratual, diante da situação apresentada pelo postulante.

Nesse sentido, o enunciado n. 361 das Jornadas de Direito Civil, promovidas junto ao Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.

Nessa novel ordem civil-constitucional, a relação jurídica obrigacional sofreu grande transformação mediante a intervenção estatal com vistas a salvaguardar a proteção do vulnerável, motivo pelo qual nos negócios jurídicos celebrados no âmbito consumerista, particularmente naqueles contratos padronizados e de adesão, tal como o elaborado no presente caso, os

desdobramentos do princípio da boa-fé passaram a ter larga aplicação. A jurisprudência, atenta à esse novo brio protecionista, vem interpretando as controvérsias em proveito do consumidor, tutelando a parte mais frágil da relação obrigacional de maneira que o cumprimento do contrato seja o menos oneroso possível para o hipossuficiente e empregando materialmente, na solução das contendas, os ditames estabelecidos pelos princípios da conservação do contrato, do menor sacrifício, da interpretação contra o predisponente, da vedação ao enriquecimento sem causa e abuso de direito.

No campo do direito processual, a boa-fé também tem incidência consoante o disposto no artigo 620 do CPC/73 atual 805 do NCPC (princípio da menor onerosidade), além do conjunto de disposições que gravitam em torno da idéia fundamental de proteção ao executado contra excessos, inspirado nos princípios da justiça e da equidade, os quais constituem linhas fundamentais da história da execução civil em sua contemporânea tendência de humanização, atraindo, inclusive, as noções de proporcionalidade e razoabilidade. Registre-se que tal proposta de tratamento não viola a isonomia contratual, pois a igualdade deve ser vista não no plano das liberdades formais, mas sim no campo das liberdades materiais, consistindo em tratar desigualmente os desiguais na medida de suas disparidades, refletindo a evolução da doutrina contratual, que vela pela preservação da contratualidade mirando o equilíbrio das forças entre os interessados.

É nítida a atenção do legislador à manutenção dos contratos com vistas a permitir que as partes envolvidas na relação de consumo alcancem as finalidades almejadas quando da sua celebração e, nessa ordem, a aplicação da teoria do adimplemento substancial não constitui uma exceção à regra geral segundo a qual o pagamento, o cumprimento da obrigação, deve se dar por completo (princípio da integralidade ou não-divisibilidade), mas sim a constatação de que eventual inadimplência mínima e irrisória frente ao montante global do ajuste firmado não pode ensejar o cancelamento/rescisão do contrato, devendo o crédito ser perseguido mediante vias que não impliquem no rompimento da avença e no modo mais gravoso ao devedor (art. 620, CPC/73; art. 805, CPC/2015).

Nesse contexto, se ínfimo o descumprimento diante do todo obrigacional, não se afigura adequado decretar a resolução do contrato, de maneira mecânica e autômata, sobretudo se isso conduzir à iniquidade ou contrariar os ideais de Justiça.

Superior Tribunal de Justiça

O adimplemento substancial atua, portanto, como instrumento de equidade diante da situação fático-jurídica subjacente, permitindo soluções razoáveis e sensatas, conforme as peculiaridades do caso.

A hipótese vertente enquadra-se perfeitamente à teoria do adimplemento substancial, obstando a resolução do contrato face um débito ínfimo em relação a todo interesse econômico envolvido na relação material *sub judice*, mesmo porque viola o princípio da boa-fé objetiva a conduta do credor que pretende o integral rompimento do liame negocial, após receber parte considerável do direito que lhe assiste, lesando sobremaneira a contraparte do negócio.

Inegavelmente, a casa bancária possui um título executivo extrajudicial (cédula de crédito bancário) que pode ser facilmente executado para a satisfação do crédito remanescente da dívida, sem que para tanto promova a quebra do liame contratual existente entre as partes mediante a retomada forçada do bem. Entretanto, no caso concreto, sob a alegação de que possui a faculdade de escolher a medida que melhor lhe satisfaça, tomando como base o seu poderio de credora/fornecedora/parte forte da relação, optou pelo meio mais gravoso para o ressarcimento de seu crédito, o que viola os ditames das legislações adjetivas e substantivas, impondo ônus excessivo perfeitamente dispensável e legalmente descabido ao devedor (arts. 620 do CPC/73, atual 805 do NCPC).

A respeito, colhe-se dos ensinamentos de Joel Dias Figueira Júnior:

Porém, se o caso concreto agasalhar a hipótese conhecida por adimplemento substancial da dívida (v.g. pendendo apenas a última ou últimas e poucas parcelas), carece o credor fiduciário de interesse para postular a busca e apreensão do bem alienado, podendo lançar mão da ação de cobrança ou execução do saldo devedor. Em outras palavras, o adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, o que é incomum. Ademais, não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar. (Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85/86 - grifo nosso).

A jurisprudência desta Corte Superior coaduna-se com esse entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. TEMA CENTRAL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DEPÓSITO

PARCIAL. PROCEDÊNCIA NA MESMA EXTENSÃO. **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. IMPROCEDÊNCIA. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.**

(...)

III. Se as instâncias ordinárias reconhecem, após a apreciação de ações consignatória e de busca e apreensão, com fundamento na prova dos autos, que é extremamente diminuto o saldo remanescente em favor do credor de contrato de alienação fiduciária, não se justifica o prosseguimento da ação de busca e apreensão, sendo lícita a cobrança do pequeno valor ainda devido nos autos do processo.

IV. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 912.697/RO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 25/10/2010)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial.

Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora.

Recurso não conhecido.

(REsp 469.577/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25/03/2003, DJ 05/05/2003, p. 310)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação.

Adimplemento substancial.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. **O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato**, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela.

Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse.

Recurso não conhecido.

(REsp 272.739/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299)

Em outros contratos similares, também se inviabiliza a retomada do bem quando adimplido substancialmente o contrato. Confira-se:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. BUSCA E APREENSÃO. INDEFERIMENTO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. Tendo o decisum do Tribunal de origem reconhecido o não cabimento da busca e apreensão em razão do adimplemento substancial do contrato, a apreciação da controvérsia importa em reexame do conjunto probatório dos autos, razão por que não pode ser conhecida em sede de recurso especial, ut sùmula 07/STJ.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 607.406/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 29/11/2004, p. 346)

RECURSO ESPECIAL. LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CARRETAS. EMBARGOS INFRINGENTES. TEMPESTIVIDADE. MANEJO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A DECISÃO. CORRETO O CONHECIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E DA EXCEÇÃO DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL.

Ação de reintegração de posse de 135 carretas, objeto de contrato de "leasing", após o pagamento de 30 das 36 parcelas ajustadas. (...)

Correta a decisão do tribunal de origem, com aplicação da teoria do adimplemento substancial. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. O reexame de matéria fática e contratual esbarra nos óbices das súmulas 05 e 07/STJ.

RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1200105/AM, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012)

Desse último julgado citado, extrai-se da fundamentação do voto proferido pelo e. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino o seguinte:

Assim, a partir de 1990, o princípio da boa-fé foi expressamente positivado no sistema de direito privado brasileiro, sendo aplicado, com fundamento no artigo 4º da LICC, a todos os demais setores.

No Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé foi expressamente contemplado nos artigos 113 (regra de interpretação dos negócios jurídicos), 187 (abuso de direito) e 422 (deveres anexos), inserindo-se como expressão, conforme Miguel Reale, de sua diretriz ética.

Exatamente a exigência ética fez com que, através de um modelo aberto, fosse entregue à hermenêutica declarar o significado concreto da boa-fé, cujos ditames devem ser seguidos desde a estipulação de um contrato até o término de sua execução.

A boa-fé exerce múltiplas funções na relação obrigacional, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito).

A boa-fé, na sua função interpretativa, auxilia no processo de interpretação das cláusulas contratuais, servindo de instrumento para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto (art. 113, CC). (...)

Atualmente, o fundamento para aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro é a cláusula geral do art. 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.

Ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor, pode o credor optar por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato (art. 475 do CC).

Entretanto, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, e daí a expressão “adimplemento substancial”, limita-se esse direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma iniquidade.

Naturalmente, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato.

Poderá o credor optar pela exigência do seu crédito (ações de cumprimento da obrigação) ou postular o pagamento de uma indenização

(perdas e danos), mas não a extinção do contrato.

1.2 Não existe uma fórmula para determinar o que seja adimplemento substancial. Observadas as circunstâncias do caso contrato, cabe ao julgador pesar a gravidade do descumprimento e o grau de satisfação dos interesses do credor (princípio da concretização).

Confira-se o escólio de José Ricardo Alvarez Vianna sobre o tema:

Vê-se, portanto, que o "adimplemento substancial" se contrapõe ao "inadimplemento fundamental". Neste último, a resolução é de rigor, porquanto, efetivamente, há descumprimento da obrigação em seus elementos primordiais, inclusive com a frustração das legítimas expectativas das partes depositadas no vínculo, muitas vezes acompanhadas de danos à parte inocente.

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

Com efeito, avaliar se suposta circunstância fática importa em descumprimento de contrato sob a perspectiva do adimplemento substancial impõe examiná-lo sob as lentes da realidade concreta vivenciada pelas partes, e não sob uma perspectiva formal-obscurantista, apegada a peias legais que somente contribui para o distanciamento entre o Direito e a Justiça.

Em suma, a recepção em nosso sistema jurídico da "Teoria do Adimplemento Substancial", além de estar em perfeita sintonia com os princípios e valores que norteiam o Direito Civil contemporâneo, atuando como fator de correção e adaptação de disposições legais e contratuais à realidade, é medida que se impõe como mecanismo de materialização da justiça contratual. (VIANNA, José Ricardo Alvarez. Adimplemento substancial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1897, 10 set de 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11703>>. Acesso em: 19 jan. 2017 - grifo nosso)

Na mesma toada é o entendimento desta Corte sobre o ponto:

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 descurar 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).

(...)

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

Excetuada a hipótese de reavaliação das provas, observa-se que, no presente caso, as instâncias ordinárias, atentas ao acervo fático-probatório dos autos, afirmaram o adimplemento substancial do contrato (91,66%), circunstância que não pode ser revista no âmbito desta Corte Superior por importar em reexame de fatos e provas.

Desta forma, o mencionado descumprimento contratual das 4 últimas prestações de um total de 48, tal como perfilhado pela Corte local, é inapto a ensejar a busca e apreensão e, conseqüentemente, a resolução do Contrato de Financiamento de Veículos com Garantia de Alienação Fiduciária, visto se constituírem em medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

Inegavelmente, a inviabilidade do deferimento liminar e manejo/prosseguimento da ação de busca e apreensão nas hipóteses em que verificado o adimplemento substancial da avença não contrasta **i)** com os ditames normativos regentes dos contratos garantidos por alienação fiduciária, vinculados ao Decreto-lei 911/69 acrescido das mudanças ocorridas pela Lei nº 10.931/2004, tampouco com **ii)** o entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior, em recurso repetitivo, acerca da inviabilidade de "purgação da mora" pelas parcelas vencidas, sendo necessário o pagamento da integralidade da dívida pelo devedor quando deferida a liminar, no prazo de 5 dias, sob pena de consolidação da posse do bem com o credor.

A flexibilização e inviabilidade do deferimento liminar da busca e apreensão, em casos pontuais, quando verificado o adimplemento substancial, não

se afigura incompatível com o decidido no repetitivo nº 1.418.593/MS acerca da inexistência de purga da mora (necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente), notadamente porque os diplomas normativos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro são complementares entre si, sendo os princípios da boa-fé, da menor onerosidade e do adequado cumprimento da função social dos contratos o norte basilar da análise de qualquer procedimento previsto em legislação esparsa.

Assim, a despeito de não constar expressamente no Decreto-lei 911/69 e suas posteriores alterações menção aos referidos princípios, eles incidem nas relações negociais havidas, notadamente quando constatada a existência de parte consumidora vulnerável.

Finalizando, **entende-se inaplicável ao caso o precedente firmado no âmbito da Terceira Turma, Resp nº 1255179/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015**, porquanto naquele caso não se estava diante de ação de busca e apreensão onde indeferida liminar, mas sim em **ação de indenização por danos morais e materiais resultante de transtornos ocasionados pela busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente** quando descumprida a 13ª parcela de 24 prestações, sendo que o devedor havia honrado todas as demais anteriores e posteriores da avença, tendo em virtude da liminar promovido a quitação do numerário relativo à parcela remanescente, o que ensejou a liberação do automóvel e a extinção do feito sem resolução de mérito.

No precedente da Terceira Turma apenas fora analisado se havia ou não dano moral pelo ajuizamento de ação de busca e apreensão, não sendo verificados os requisitos para o deferimento da liminar de reintegração do bem na posse do credor com a eventual e conseqüente rescisão do contrato como é o presente caso.

Ademais, tal como constou no precedente da Terceira Turma, "*segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor*", bem ainda, que "*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".

Confira-se a ementa do referido julgado:

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 menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

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

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)

1.3 Por derradeiro, o adimplemento substancial, ante a necessidade de ser verificado em cada caso concreto, muito embora reste vinculado a critérios subjetivos de cada julgador, não queda absolutamente à mercê de cada intérprete.

A razoabilidade, a proporcionalidade, o senso comum acerca do significativo adimplemento do ajuste pactuado são todos fatores que, a despeito de não serem aritméticos, são capazes o suficiente para, com plena segurança, informar a quem quer que seja e, especialmente ao juiz de direito, quando deva ser acolhida, com bom senso, a tese do adimplemento substancial do ajuste apresentado à jurisdição, tal como ocorre em milhares de demandas submetidas ao crivo do Judiciário, o que não denota fraqueza dos institutos jurídicos, dos órgãos julgadores ou eventual instabilidade de uniformização jurisprudencial, tampouco o encarecimento do crédito nos contratos de alienação fiduciária, mas sim a verdadeira força das relações bilaterais e de todo um sistema normativo voltado à consagração do princípio da boa-fé objetiva, da preservação da contratualidade e do equilíbrio entre os interesses de partes muitas vezes essencialmente díspares, culminando com a efetivação da função social dos contratos.

Ressalte-se: não se está a afirmar que a dívida ainda não quitada desaparece, mas apenas que o meio de realização do crédito pelo qual optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, conseqüentemente, com o princípio da conservação dos contratos, e ainda, pela boa fé objetiva que consagra os deveres de cooperação e lealdade entre as partes.

A determinação para que a demanda prossiga pelo modo menos ao

devedor, via execução ou ação de cobrança, não impede que o próprio bem alienado fiduciariamente possa, eventualmente, servir à satisfação do crédito do credor. Entretanto, a penhora observará, preferencialmente a ordem estabelecida na legislação de regência (art. 835 do NCPC, antigo art. 655 do CPC/73) e nesta os veículos de via terrestre são o quarto na ordem legal, sendo sempre preferível dinheiro em espécie ou em depósito ou aplicação financeira, título da dívida pública e de valores mobiliárias, com cotação em mercado. Evidencia-se, ainda que os direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia, exatamente como no presente caso, constam na décima segunda opção do legislador na ordem de penhora especificada, a denotar, com mais veemência a preocupação com a preservação contratual.

1.4 Em razão dos ditames no novo ordenamento processual civil vigente no país desde 18 de março de 2016, sendo expressamente reconhecido pelo legislador o direito das partes obterem em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º), bem ainda que todos os sujeitos do processo devem cooperar para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º), afigura-se consentâneo aos princípios norteadores da atuação jurisdicional facultar à parte autora, nos termos do art. 329, inciso I, (o autor poderá até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu) a emenda de sua petição inicial para que a demanda tenha seguimento e, no caso *sub judice*, ante todas as ponderações já declinadas, possa prosseguir de modo menos gravoso ao demandado, isso devido à ocorrência do adimplemento substancial da obrigação, admitido que está na lei específica a possibilidade de expropriação do devedor com a constrição de seus bens, inclusive, sendo possível, na origem, após a integralização da lide, eventual autocomposição.

2. Do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e determinar o retorno dos autos à origem para que seja facultado à parte autora emenda a sua petição inicial a fim de que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8)

VOTO-VENCEDOR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

A controvérsia posta no presente recurso especial – em boa hora afetado pela Quarta Turma a esta Segunda Seção do STJ –, reside em saber se a ação de busca e apreensão, motivada pelo inadimplemento de contrato de financiamento de automóvel, garantido por alienação fiduciária, deve ser extinta, por falta de interesse de agir, em razão da aplicação da teoria do adimplemento substancial, tal como compreenderam as instâncias ordinárias.

O relator, o eminente Ministro Marco Buzzi, referendou, em parte, o desfecho conferido na origem, consignando "que o mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a busca e apreensão e, conseqüentemente, a resolução do Contrato de Financiamento de Veículos com Garantia de Alienação Fiduciária, visto constituírem-se em medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença" (inadimplemento das últimas 4 parcelas de um total de 48). Ressaltou que: "não se está a afirmar que a dívida ainda não quitada desaparece, mas apenas que o meio de realização do crédito do qual optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, conseqüentemente, com o princípio da conservação dos contratos, e ainda, pela boa-fé objetiva que consagra os deveres de cooperação e lealdade entre as partes". E, concluiu por determinar o retorno dos autos à origem para que seja facultado à parte autora a emenda de sua petição inicial a fim de que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor", adequando-a à ação executiva ou de cobrança (*ut fl.* 13-14).

Permissa venia, tem-se por absolutamente imprópria a invocação da teoria do adimplemento substancial (não prevista em lei, mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do Código Civil), como fundamento idôneo a afastar o legítimo direito de ação do credor fiduciário de promover a busca e apreensão do bem, para, valendo-se da garantia fiduciária ajustada, compelir o devedor fiduciante a honrar a sua obrigação inadimplida, **tal como lhe confere expressamente a específica lei de regência.**

Para o desate da questão, afigura-se de suma relevância, a princípio,

bem delimitar o tratamento legislativo conferido aos negócios fiduciários em geral, do que ressaltado, conforme se demonstrará, que o Código Civil limitou-se a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, não se aplicando às demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária disciplinadas em lei especial, como é o caso da alienação fiduciária dada em garantia, regida pelo Decreto-Lei n. 911/1969, **salvo se o regramento especial apresentar alguma lacuna e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela mencionada lei.**

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, por meio do negócio fiduciário, o devedor fiduciante transfere, sob condição resolutiva, a propriedade ou a titularidade sobre um bem ao credor fiduciário, que, por sua vez, o recebe em garantia, remanejando-o, ao final, caso implementada a condição (o adimplemento da obrigação). Na alienação fiduciária em garantia, em se tratando de bem corpóreo, atribuí-se ao credor fiduciário, sob condição resolutiva, a propriedade daquele. Na cessão fiduciária, por sua vez, cuidando-se de bem incorpóreo (como é o caso do direito sobre coisas móveis ou do crédito representado pelo título), imputa-se ao credor fiduciário, sob condição resolutiva, a titularidade deste.

Esses dois modos de constituição de propriedade fiduciária (alienação e cessão fiduciária), a depender do bem sobre o qual recaia, e – na abordagem doutrinária de Francisco Eduardo Loureiro –, em alguns casos, também do agente participante da relação jurídica, têm tratamento legal específico.

De modo a sistematizar o tratamento legal ofertado à propriedade fiduciária, o mencionado autor, em obra coordenada pelo Ministro Cezar Peluzo, assinala:

[...] há profusa legislação especial tratando da mesma matéria. Pode-se afirmar a atual coexistência de múltiplos regimes de jurídicos da propriedade fiduciária: **o CC disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor fiduciário não for instituição financeira; o art. 66-B da Lei n. 4.728/65, acrescentado pela Lei n. 10.931/2004, e o DL n. 911/69 disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira; a Lei n. 9.514/97, também modificada pela Lei n. 10.931/2004, disciplina a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, quando os protagonistas forem ou não instituições financeiras, além da titularidade fiduciária dos créditos como lastro de operação de**

securitização de dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário; a Lei n. 6.404/76 disciplina a propriedade fiduciária de ações.

O atual CC, pode-se assim dizer, popularizou a utilização da propriedade fiduciária, franqueando-a a pessoas físicas e jurídicas. Qualquer pessoa pode ser credora fiduciária e utilizar essa forte garantia real nas obrigações em geral. Limitou o objeto, porém, às coisas móveis infungíveis.

A lei n. 10.931/2004 fixou regime jurídico próprio, com regras específicas de direito material e processual, para os casos de propriedade fiduciária em garantia de obrigação na qual o credor fiduciário seja instituição financeira, tendo por objeto bens móveis, tanto infungíveis como fungíveis, inclusive bens incorpóreos como créditos.

A lei n. 9.514/97, por seu turno, criou regime jurídico especial tendo em conta não os sujeitos da obrigação, mas o objeto da garantia, que recai sobre coisa imóvel. Aplica-se a lei especial, desde que a garantia fiduciária recaia sobre coisa imóvel, a todos os credores fiduciários, instituições financeiras ou não.

Em relação às propriedades fiduciárias previstas em leis especiais, criou o CC regra clara para evitar o conflito de normas: aplicam-se de modo primário as leis especiais e, em suas lacunas e no que não as contrariar, as normas gerais do CC. O inverso, porém, não é verdadeiro. (Loureiro, Francisco Eduardo. Código Civil Comentado. Coordenador Ministro Cezar Peluso. Editora Manole. 7ª Edição. 2013. p. 1.423) sem grifos no original

Efetivamente, o Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A, limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis. Em relação às demais espécies de bem, a propriedade fiduciária sobre eles constituída é disciplinada, cada qual, por lei especial própria para tal propósito.

Essa circunscrição normativa, ressalta-se, restou devidamente explicitada pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.368-A (introduzido pela Lei n. 10.931/2004), ao dispor textualmente que **"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"**.

Vê-se, portanto, que 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 mencionada lei.**

Superior Tribunal de Justiça

Delimitado assim o tratamento legislativo da propriedade fiduciária, tem-se terreno fértil para se chegar à conclusão de que a aplicação da teoria do adimplemento substancial, não prevista em lei (mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do Código Civil, sob a vertente da preservação dos contratos e da função social do contrato), afigura-se *in totum* incompatível com os termos da lei especial, que é expressa (sem lacuna, portanto) em assentar a necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente, para viabilizar a restituição do bem ao devedor fiduciante.

No ponto, releva assinalar que o Decreto-lei 911/1969, já em sua redação original, previa a possibilidade de o credor fiduciário, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento, valer-se da medida judicial de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a ser concedida liminarmente, preceito, é certo, que restou mantido pela Lei n. 13.043/2014.

De seus termos, extrai-se que, desde que devidamente comprovada a mora ou o inadimplemento, ao credor fiduciário é dada a possibilidade de se valer da medida judicial de busca e apreensão para compelir o devedor fiduciante a cumprir a sua obrigação ajustada, sendo, para esse fim, irrelevante qualquer consideração acerca da medida do inadimplemento.

A propósito, transcreve-se a disposição legal sob comento:

Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

(...)

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

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

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

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

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, preconizou, expressamente, que a restituição do bem livre de ônus ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento da “integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial”.

Respeitada compreensão diversa, tem-se que a lei não poderia ser mais clara quanto à exigência de quitação integral do débito, como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. **Ou seja, nos termos da lei, 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.**

Por oportuno, é de se destacar que, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.418.593/MS, sob o rito dos repetitivos, em que se discutia a possibilidade de o devedor purgar a mora, diante da entrada em vigor da Lei n. 10.931/2004, que modificou a redação do art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei, a Segunda Seção do STJ bem especificou o que consistiria a expressão “dívida pendente”, **cujo pagamento integral** viabiliza a restituição do bem ao devedor, livre de ônus.

Perfilhou-se o entendimento de que a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, **da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.**

Do voto condutor, da lavra do eminente Ministro Luis Felipe Salomão,

extraí-se o seguinte excerto:

O texto atual do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 é de clareza solar no tocante à necessidade de quitação de todo o débito, inclusive as prestações vincendas.

Realizando o cotejo entre a redação originária e a atual, fica límpido que a Lei não faculta mais ao devedor a purgação de mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraindo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida.

Dessarte, a redação vigente do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, segundo entendo, não apenas estabelece que o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, como dispõe que, nessa hipótese, o bem será restituído livre do ônus - não havendo, pois, margem à dúvida acerca de se tratar de pagamento de toda a dívida, isto é, de extinção da obrigação, relativa à relação jurídica de direito material (contratual).

[...]

(...) não se pode presumir a imprevidência do legislador que, democraticamente eleito, em matéria de competência do Poder Legislativo, presumivelmente sopesando as implicações sociais, jurídicas e econômicas da modificação do ordenamento jurídico, vedou, para alienação fiduciária de bem móvel, a purga da mora, sendo, pois, matéria insuscetível ao controle jurisdicional (infraconstitucional).

Nesse passo, a título de registro, vale transcrever o voto proferido no REsp 1.287.402/PR, relator p/ acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira. Sua Excelência alinhavou:

A hipótese legal, para mim, é muito clara. O devedor pode, nos 5 (cinco) dias previstos em lei, pagar a integralidade da dívida pendente. "O devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus".

Ora, se o bem vai ser restituído livre de ônus, é porque deverá ser realizado o pagamento integral da dívida, incluindo o valor correspondente às parcelas vincendas e encargos. É o que se conclui da leitura do § 2º do artigo 3º do Decreto-lei n. 911/69, com a redação introduzida pela Lei n. 10.931/2004;

Sr. Presidente, entendo que a alteração do referido Decreto-lei levada a efeito por meio da Lei n. 10.931/2004 não foi à toa. A intenção do legislador é exatamente essa: o pagamento da integralidade da dívida (parcelas vencidas e vincendas).

O instituto da alienação fiduciária é um instituto útil para o desenvolvimento do País. Não é só financiamento de automóveis, inclui financiamento de máquinas, equipamentos, implementos agrícolas e até imóveis.

Esse instituto, na forma como é concebido, facilita o acesso ao crédito e reduz o seu custo, exatamente porque assegura ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem

financiado e a recuperação do crédito.

(...) é inegável que, com a vigência da Lei n. 10.931/2004, o art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei 911/1969, para os casos de alienação fiduciária envolvendo bem móvel, é mitigado o princípio da conservação dos contratos consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pelo afastamento, para esta relação contratual, do art. 401 do CC.

Nesse particular, ademais, cumpre consignar que, evidentemente, naquilo que compatível, aplicam-se à relação contratual envolvendo alienação fiduciária de bem móvel, integralmente, as disposições previstas no Código Civil e, nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor.

Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso — desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável —, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente.

Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (qual seja, do Decreto-Lei n. 911/1969), **e, por via transversa**, ao meu sentir, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia.

De se constatar, inclusive, que a pretensa aplicação da teoria do adimplemento substancial como argumento destinado a inviabilizar a utilização da ação de busca apreensão — eleita pela lei de regência como a via judicial mais idônea a satisfação do crédito — desvirtua a própria finalidade da teoria em comento.

No ponto, releva bem acentuar que a teoria do adimplemento substancial, como corolário dos princípios da boa-fé contratual e da função social dos contratos, preceitua a impossibilidade de o credor extinguir o contrato estabelecido entre as partes, em virtude de inadimplemento, do outro contratante/devedor, de parcela ínfima, em cotejo com a totalidade das obrigações assumidas e substancialmente quitadas.

A propósito, o escólio 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. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo, Revista dos Editoras Tribunais, pág. 56 - grifou-se)

Como se constata, a teoria em análise tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de pequena parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual.

Diversamente, 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 pretensão imediata.

A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

É dizer: não havendo pagamento da dívida pendente, a despeito de ela ser substancialmente ínfima (tal com alegado) e de o devedor ter inequívoca ciência das consequências de seu inadimplemento, **procede-se à satisfação do crédito** por meio da venda do bem dado em garantia fiduciária, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, aplicando-se o preço da venda no pagamento do crédito e das despesas decorrentes, com entrega ao devedor do saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.

Como se constata, eventual extinção do contrato, decorrente do ajuizamento da ação de busca e apreensão, dá-se pelo efetivo cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato de financiamento de veículo garantido por alienação fiduciária, o que só evidencia a eficácia da via judicial eleita pela lei como a mais idônea à satisfação do crédito.

Nesse contexto, é questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé

contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas — mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação —, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária.

Ora, se o valor do débito é ínfimo e o devedor tem inequívoco conhecimento de que sua inadimplência pode ensejar a perda do bem (com a restituição da diferença), não se antevê razão lúdima para que este remanesça faltoso com a sua obrigação contratual. 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.

Com esse norte, destaca-se julgado da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça que, no bojo de inusitada ação indenizatória promovida pelo devedor fiduciante em face do credor fiduciário, rechaçou a alegação de abuso do direito de ação, em virtude do ajuizamento de ação de busca e apreensão destinada à satisfação de crédito reputado de menor importância, por considerar de todo inaplicável a teoria do adimplemento substancial:

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) sem grifos no original

Superior Tribunal de Justiça

Como se constata, a compreensão exarada na origem enseja compulsória renúncia à garantia fiduciária licitamente ajustada, com todos os consectários legais que a lei prevê, impondo-se ao credor fiduciário valer-se de outras vias judiciais, que não aquela preceituada pela lei de regência como sendo a mais idônea e eficaz para a efetiva satisfação do crédito.

E, aqui, mais uma perplexidade processual. Extingue-se ou — na proposta de voto do relator — obsta-se a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada a ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, **evidentemente menos eficaz**, denota, sim, absoluto descompasso com o sistema processual.

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

Também com esta percepção, oportuno trazer as considerações tecidas pela Ministra Maria Isabel Gallotti, por ocasião do julgamento do Resp 1.287.402/PR, e reprisadas no já citado recurso especial representativo da controvérsia (Resp n. 1.418.593/MS), *in totum* aplicável a hipótese dos autos:

[...] Com a devida vênia, penso que o entendimento do Relator, por mais que seja inspirado na defesa do consumidor e no princípio de

preservação e do fim social do contrato, na realidade, data maxima vênia, ele vai contra o consumidor, contra o contrato e contra o sistema, porque essa mescla de princípios do CDC, naquilo em que ele é incompatível com o regime da alienação fiduciária, que pressupõe a propriedade do bem em nome do credor como garantia, ela acaba, a meu ver, com a finalidade do instituto da alienação fiduciária, que, exatamente, dá essa garantia ao credor. 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 da alienação fiduciária. Penso, com a devida vênia, que não há ofensa ao princípio da boa-fé, porque é inerente ao sistema da alienação fiduciária essa prerrogativa do credor. Estão cientes ambos os contratantes de que a propriedade do bem é do credor e poderá ser nele consolidada, atendidos os trâmites legais e contratuais. Não haveria, data vênia, uma preservação do contrato, mas a descaracterização do sistema do contrato de alienação fiduciária e a criação por decisão judicial de um outro contrato atípico que não foi o pretendido pelas partes, mais semelhante a um contrato de mútuo, o qual, certamente, não teria sido celebrado nas mesmas condições pela instituição financeira credora. (sem grifos no original)

De se concluir, por conseguinte, que a propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

Em arremate, pedindo-se vênia ao relator, o eminente Ministro Marco Buzzi, dou provimento ao recurso especial para, reconhecendo a existência de interesse de agir do demandante em promover ação de busca e apreensão, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, determinar que os autos retornem à origem, prosseguindo-se o feito, tal como proposto (ação de busca e apreensão), na esteira do devido processo legal.

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

o contrato – que é o pagamento da obra. Ser-lhe-ia lícito, porém, deduzir o valor das peças ausentes e o custo da instalação por terceiros”.

d) De tal modo, em situações tais, a parte não poderá resolver a avença invocando a exceção do contrato não cumprido e será compelida a cumprir a sua respectiva prestação.

Essa doutrina irradiou-se também para países que adotam o sistema de *civil law*, com especial destaque para o Direito italiano, que prestigiou a *substantial performance* por meio de disposições expressas de seu Código Civil, com destaque para a "*importanza dell'inadempimento*" anotada no art. 1.455. Seguindo esse influxo, o Direito português impede a resolução do negócio "se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse [do credor], tiver escassa importância" (art. 802, 2, do Código Civil). Por sua vez, a "Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias" (Viena, 1980) autoriza que o comprador declare resolvido o contrato, mas apenas se "a inexecução pelo vendedor (...) constituir uma infração **essencial** (...)" (art. 49, 1, "a").

A introdução da temática no Direito Civil brasileiro é atribuída, em grande medida, às lições do professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, da Faculdade de Direito da UFRGS, estudioso de diversos institutos do direito comparado, como a violação positiva do contrato, a perturbação das prestações, a quebra da base do negócio e o adimplemento substancial.

Até por não se encontrar expressamente prevista em nosso direito positivo, existe polêmica sobre qual seria o correto fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial. Há controvérsia sobre ela basear-se em princípios como a função social do contrato (art. 421 do CC/2002), a boa-fé objetiva (art. 422), a vedação ao abuso de direito (art. 187) e ao enriquecimento sem causa (art. 884), embora haja uma tendência a considerá-la como efeito da aplicação da boa-fé objetiva às relações obrigacionais. Mesmo quando vigente o sistema civil anterior, a jurisprudência nacional valia-se, para sua aplicação, dos valores que emanavam dos arts. 955, 956, parágrafo único, e 1.092 do Código Civil de 1916, examinados sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva.

No Judiciário, um dos primeiros Magistrados a tratar desses assuntos de modo sistematizado foi aluno, dos mais brilhantes, de Couto e Silva, o então desembargador Ruy Rosado de Aguiar, no TJRS. Anos depois, quando nomeado para o cargo de Ministro do STJ, Ruy Rosado trouxe para o cenário da jurisprudência nacional a discussão sobre essas figuras jurídicas.

O primeiro acórdão do STJ que registra abordagem sobre o tema é o Resp n. 76.362/MT, julgado em 11 de dezembro de 1995 pela Quarta Turma (DJ de 01/04/1996). O caso é um clássico da jurisprudência sobre o assunto e as bases fáticas nas quais se deu o julgamento podem ser assim sintetizadas: a) dois segurados promoveram ação de cobrança para receber a cobertura securitária devida em razão de acidente de veículo; b) os segurados deixaram de pagar a última parcela na data do sinistro, o que foi confessado na inicial; c) apreciada a ação pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, entendeu a Corte que o segurado tinha "obrigação primordial" de pagar o "prêmio do seguro". Sem isso, nada poderia exigir da seguradora, na hipótese de se achar em estado de inadimplência.

O recurso dos segurados foi provido sob o amparo da doutrina do adimplemento substancial por meio de acórdão assim ementado:

"SEGURO. INADIMPLEMENTO DA SEGURADA. FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. RESOLUÇÃO.

A COMPANHIA SEGURADORA NÃO PODE DAR POR EXTINTO O CONTRATO DE SEGURO, POR FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO DO PRÊMIO, POR TRÊS RAZÕES: A) SEMPRE RECEBEU AS PRESTAÇÕES COM ATRASO, O QUE ESTAVA, ALIÁS, PREVISTO NO CONTRATO, SENDO INADMISSÍVEL QUE APENAS REJEITE A PRESTAÇÃO QUANDO OCORRA O SINISTRO; B) A SEGURADA

CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE COM A SUA OBRIGAÇÃO, NÃO SENDO A SUA FALTA SUFICIENTE PARA EXTINGUIR O CONTRATO; C) A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DEVE SER REQUERIDA EM JUÍZO, QUANDO SERA POSSÍVEL AVALIAR A IMPORTÂNCIA DO INADIMPLEMENTO, SUFICIENTE PARA A EXTINÇÃO DO NEGOCIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."

(REsp 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917)

Em outros casos, a larga maioria dos recursos que aportaram neste Tribunal Superior e que de algum modo versavam sobre o assunto não tiveram a tese jurídica examinada ante a necessidade do revolvimento de material fático-probatório dos autos, deparando-se com os obstáculos previstos nos enunciados n. 5 e 7 da Súmula do STJ.

Contudo, nas hipóteses em que o contexto fático estava adequadamente delineado nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, o julgamento avançou para qualificar o que poderia configurar o decaimento mínimo para efeito de permitir a invocação da teoria do adimplemento substancial e afastar os efeitos da mora. Eis alguns exemplos:

- a) Atraso na última parcela: REsp. 76.362/MT.
- b) Inadimplemento de 2 parcelas: REsp. 912.697/GO.
- c) Inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem: REsp. 469.577/SC.
- d) Inadimplemento de 10% do valor total do bem: AgRg no AgREsp 155.885/MS.
- e) Inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido: Resp. 1.051.270/RS.

Como se vê, a jurisprudência desta Corte tem oscilações no exame do requisito objetivo, o que se dá, essencialmente, pelo fato de que em cada caso aqui julgado há peculiaridades muito próprias a serem consideradas para efeito de avaliar a importância do inadimplemento frente ao contexto de todo o contrato e os demais elementos que envolvem a controvérsia. Essa vinculação aos elementos do caso concreto é um dado objetivo que a doutrina anglo-saxã (CORBIN, Arthur L. *Conditions in the law of contract*. The Yale Law Journal, v. 28, n. 8, p. 761, jun. 1919) e a nacional assim o reconhecem (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. v. XXVI, p. 208). Nesse sentido, ainda:

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

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

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

É que, ressalvada a hipótese de evidente relevância, o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo, mormente quando sabemos que determinadas hipóteses de violação positiva podem, eventualmente, afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. Há, portanto, outros tantos elementos que também envolvem a contratação e devem ser considerados para efeito de se avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descuidar

dos interesses do credor.

No julgado pioneiro deste Tribunal, antes referido (REsp 76.362/MT), foram delineados alguns requisitos que devem ser examinados para aplicação da teoria do adimplemento substancial, sem prejuízo da avaliação de circunstâncias específicas do caso sob julgamento. Para tanto, deve-se exigir: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório); b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio (correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter substancial do adimplemento realizado); c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Atualmente, os autores ingleses, tomando como fundamento a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo não cumprimento da prestação, formulam três requisitos para admitir a substancial performance: a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente (cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. Cit. p.72)."

Neste recurso especial, é inconteste a base fática que ampara a tese desenvolvida nas razões recursais: o recorrido inadimpliu as quatro (4) últimas de quarenta e oito (48) parcelas contratadas para um mútuo feneratício com garantia de alienação fiduciária. A instituição financeira ajuizou ação de busca e apreensão julgada extinta pelo Magistrado singular ao fundamento de que o devedor havia cumprido com parcela substancial da avença, correspondente a 91,66% (noventa e um inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do total do débito. A decisão foi confirmada pelo acórdão recorrido, assim ementado (e-STJ, fl. 77):

"EMENTA: AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NEGATIVA MONOCRÁTICA DE SEGUIMENTO. REGULARIDADE.

A teoria do adimplemento substancial tem sido aplicada pelos tribunais pátrios como instrumento de equidade colocado à disposição do intérprete para que nas hipóteses em que a extinção da obrigação esteja muito próxima do fim, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato mediante a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, permitindo-se somente a propositura de ação de cobrança do saldo em aberto ou eventual execução."

Em tais circunstâncias, entendo que não estão presentes os requisitos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, notadamente a hipótese que caracterize a escassa importância da prestação descumprida ou nem sequer justifique a cobrança judicial da dívida. Com efeito, penso ser relevante o descumprimento de parcelas que representam mais de 8% (oito por cento) do valor total da obrigação assumida pelo devedor de contrato de mútuo.

O uso do instituto da *substantial 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. Definitivamente, não. A sua

Superior Tribunal de Justiça

incidência é excepcional, reservada para os casos nos quais a rescisão contratual traduz, *icto oculi*, solução evidentemente desproporcional. Sua aplicação, ademais, exige o preenchimento dos seguintes requisitos, bem delineados no julgamento do antes mencionado Recurso Especial n. 76.362/MT: 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. É a presença dessas condições que justifica a excepcional intervenção do Judiciário na economia do contrato.

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. A longo prazo, seus efeitos colaterais podem encarecer os custos da contratação, socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos. Como afirmam Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt: "[a] liberdade contratual implica autodeterminação e responsabilidade pelos próprios atos. As partes que celebram um contrato devem arcar com as consequências que isso possa acarretar, desde que não tenham sido ludibriadas ou enganadas de alguma forma, nem tenham sido coagidas. (...) O Direito dos Contratos e a liberdade contratual não são fins em si mesmos. São meios para permitir às partes exercer seu direito de autodeterminação. Evidentemente, um contrato deve ser o resultado de um ato de autodeterminação de ambas as partes. E o Direito precisa garantir que ambas as partes de fato possam tomar uma decisão autodeterminada" (RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. RODAS, Sérgio. Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 5. ano 2. p. 329/362. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, out-dez. 2015. p. 355).

Neste caso, ademais, não se trata em essência de demanda que tem por objetivo resolver a relação contratual havida entre as partes, senão a pretensão cautelar do credor para viabilizar a consolidação da propriedade que lhe fora antes transmitida por meio de garantia fiduciária, nos estritos termos da avença contratada e segundo os ditames da legislação de regência. Deveras, como bem ponderou o em. Ministro VILLAS BOAS CUÊVA no voto que proferiu no Recurso Especial n. 1.255.179/RJ:

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

Nesse particular, impõe-se rememorar que, diante da própria natureza do contrato de financiamento de automóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia, a

Superior Tribunal de Justiça

medida de busca e apreensão do veículo em virtude da mora ou inadimplemento do devedor não tem por finalidade a extinção do contrato. Traduz-se, em verdade, em meio posto à disposição do credor fiduciário para possibilitar a satisfação do seu crédito independentemente do ato voluntário do devedor."

Não por outro motivo que a tese firmada no Recurso Especial repetitivo n.º 1.418.593/MS, relatado pelo em. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, exige o pagamento da "integralidade da dívida", sem qualquer ponderação a propósito de um possível cumprimento substancial do contrato, para o devedor evitar a consolidação da propriedade, em favor do credor, do bem móvel objeto de alienação fiduciária:

"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: 'Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, **pagar a integralidade da dívida** - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária'.

2. Recurso especial provido."

(REsp 1418593/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 27/05/2014)

Isso porque a previsão contida no art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 não dá espaço para dúvida, exigindo o pagamento do valor integral da dívida (inclusive parcelas vincendas) para que o devedor consiga evitar a apreensão ou a consolidação da propriedade do bem em favor do credor. Nesse sentido, observo que o dispositivo teve sua redação modificada por meio da Lei Federal n. 10.931/2004, alteração cuja finalidade foi "*agilizar a venda do bem retomado, sem prejuízo do mutuário, inclusive propiciando-lhe uma forma mais célere de quitação de sua dívida*" (mensagem anexada ao Projeto de Lei n. 3.065/2004, do Executivo Federal, que, apensado ao Projeto de Lei n. 2.109/1999, da Câmara dos Deputados, deu origem ao diploma legal em comento).

De fato, o instituto da alienação fiduciária é bastante útil para o desenvolvimento do País. Lembro que não se aplica exclusivamente ao financiamento de automóveis, mas também para a aquisição de imóveis e de maquinário, além de outros equipamentos, tanto na atividade agrícola quanto na industrial. Ele facilita o acesso ao crédito por permitir a concessão de empréstimo a pessoas que nem sequer possuem bens para a garantia do contrato e, sobretudo, diminui o risco da inadimplência, exatamente porque assegura ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem financiado e a recuperação do crédito.

Ressalte-se, finalmente, que a possibilidade de o credor exigir o saldo do crédito – ressalvada de maneira uníssona na jurisprudência desta Casa – poderá resultar na

Superior Tribunal de Justiça

inusitada situação em que o bem cuja busca e apreensão foi indeferida na ação cautelar venha a ser penhorado em futura execução promovida pelo credor, consoante a previsão do art. 829, § 1º, do CPC/2015, e levado a praça ou leilão, com idêntico resultado. Trata-se de conclusão que, evidentemente, contrapõe-se aos princípios que apregoam a razoabilidade na aplicação da lei, celeridade e efetividade processuais.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, afastando a extinção decretada pelo Juízo de primeiro grau e determinando o retorno dos autos à origem para o regular processamento da ação de busca e apreensão.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
RECORRENTE : BANCO VOLKSWAGEN S.A
ADVOGADOS : ANA LUIZA DURO KELLER - MG117879
NATHÁLIA PORTO FRÓES KASTRUP - RJ155144
RODRIGO LELIS RIBEIRO LEITE - MG150292
MANOEL ARCANJO DAMA FILHO - MT004482N
RECORRIDO : [REDACTED]
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

VOTO-MÉRITO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto por BANCO VOLKSWAGEN S.A, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/MG.

Cinge-se a controvérsia em definir se deve ser extinta a ação de busca e apreensão, por ausência de interesse de agir, quando há o adimplemento substancial de contrato de financiamento de automóvel, garantido por alienação fiduciária.

Na hipótese, a instituição financeira, ora recorrente, ajuizou ação de busca e apreensão, em desfavor de [REDACTED], ora recorrido, objetivando a retomada de veículo, alienado fiduciariamente, em virtude do inadimplemento das últimas 4 (quatro) das 48 (quarenta e oito) parcelas do financiamento.

A ação, em 1º grau, foi julgada improcedente, tendo sido o autor considerado carecedor da ação, por falta de interesse-adequação, uma vez que teria utilizado a via processual inadequada para perseguir o seu crédito - qual seja, a ação de busca e apreensão - quando deveria ter-se utilizado de outra via processual - como ação de execução ou de cobrança -, em virtude da aplicação da teoria do adimplemento substancial. O TJ/MG manteve o mesmo entendimento

Superior Tribunal de Justiça

adotado em 1º grau, motivo pelo qual o recorrente interpôs o presente recurso especial.

Quando do julgamento do recurso especial, o Exmo. Min. Marco Buzzi, relator do processo, entendendo, na espécie, pela prudência na aplicação da teoria do adimplemento substancial da avença, porquanto cumprido o equivalente a 91,66% do contrato, considerou ser medida desproporcional o ajuizamento da ação de busca e apreensão e a consequente resolução do contrato. Destacou que a dívida não quitada permanece, mas que o meio de realização do crédito pelo qual optou o recorrente não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e com os princípios da conservação dos contratos e da boa-fé objetiva. Deste modo, reconheceu a parcial procedência do recurso especial da instituição financeira, afastando a extinção do processo sem resolução de mérito, mas determinando o retorno dos autos à origem para que seja facultado à parte autora a emenda à sua petição inicial, a fim de que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor.

O voto proferido pelo Exmo. Min. Marco Aurélio Bellizze, que inaugurou a divergência, reconhece, por outro lado, afigurar-se *“incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso - desimportando sua extensão, se de pouca monta ou de expressão considerável -, quando a lei especial de regência condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente”*. Como fundamento de seu voto, utiliza os argumentos de *i)* especialidade da lei de regência (Decreto-Lei nº 911/1969) que não justifica, salvo a existência de lacuna no regramento especial, a invocação da teoria do adimplemento substancial, não prevista em lei, mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do CC/02; *ii)* incidência subsidiária do Código Civil em relação à propriedade/titularidade fiduciária regulada por leis especiais; *iii)* previsão

expressa do Decreto-Lei nº 911/1969 acerca da possibilidade de o credor fiduciário valer-se da medida judicial de busca e apreensão para compelir o devedor fiduciante a cumprir a obrigação ajustada, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento; iv) a pretensa aplicação da teoria do adimplemento substancial como argumento destinado a inviabilizar o manejo da ação de busca e apreensão desvirtua a própria finalidade da teoria em comento, pois é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer o seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada, em absoluto descompasso com o sistema processual; e v) a aplicação da tese do adimplemento substancial na hipótese, a pretexto de proteger o consumidor, acaba, em última análise, a prejudicar o consumidor adimplente, que terá que assumir o ônus pelo enfraquecimento do instituto da alienação fiduciária, com o pagamento de juros mais elevados.

É o breve relatório.

1. Da especialidade da lei que rege a alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei nº 911/1969)

A hipótese sob julgamento trata de alienação fiduciária dada em garantia, regida pelo Decreto-Lei nº 911/1969 (alterado pelas Leis 10.931/04 e 13.043/14), e não pelo Código Civil, que cuida apenas da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis (arts. 1.361 a 1.368-A do CC/02).

E, como mesmo preceitua o art. 1368-A desse diploma, as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições do Código Civil naquilo que não for incompatível com a lei especial.

O Decreto-Lei nº 911/1969 dispõe em seu art. 3º que o proprietário

fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora ou inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

Constata-se, deste modo, que a lei especial que rege a alienação fiduciária dada em garantia prevê, de forma expressa, o uso da ação de busca e apreensão ao credor fiduciário que se depara com a mora ou inadimplência do devedor, não fazendo qualquer ressalva restritiva com fundamento na extensão da mora ou na proporção do inadimplemento, apenas dispondo ao credor a faculdade de lançar mão da ação de busca e apreensão para satisfazer o seu crédito.

2. Da violação ao direito de acesso ao Poder Judiciário

Depreende-se dos autos que, na hipótese, o juízo de 1º grau extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com supedâneo no art. 267, VI, do CPC/73, por entender que a instituição financeira, ora recorrente, seria carecedora da ação, por faltar-lhe o requisito de “*interesse-adequação*”. Isso porque considerou ser a ação de busca e apreensão via inadequada para o banco perseguir o seu crédito.

Tal entendimento foi mantido pelo TJ/MG que salientou o “*inconteste cumprimento do mínimo substancial da obrigação, não podendo a instituição financeira, no caso dos autos, apreender o bem, sob pena de vilipêndio ao princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil)*” (e-STJ fl. 62).

Ocorre que, discordando dos fundamentos apresentados em 1º e 2º grau, não é possível impedir que a instituição financeira se valha de medida judicial expressamente prevista em lei especial - Decreto-Lei nº 911/1969 - para a satisfação de seu crédito, qual seja, a ação de busca e apreensão.

A **privação** imposta ao recorrente da faculdade outorgada ao credor fiduciário de usar a busca e apreensão para exigir o cumprimento da obrigação avençada representa uma **ofensa ao direito de acesso ao Poder Judiciário**,

previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

Assim, equivocada a extinção da ação de busca e apreensão por ausência de condição da ação (interesse-adequação), considerando a prova da mora e a autorização contida no art. 3º do Decreto-Lei nº 911/1969.

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

O que não se pode admitir é que, pelo simples fato de o financiamento estar substancialmente adimplido, **se impeça o processamento** da ação de busca e apreensão ajuizada pela instituição financeira.

Também não se pode descartar a possibilidade de ser aplicável aos contratos de alienação fiduciária em garantia submetidos à égide do Decreto-Lei nº 911/1969 a teoria do adimplemento substancial aliado a outros princípios orientadores de análise dos contratos. Contudo, na hipótese sob julgamento, em que se impediu o processamento da ação de busca e apreensão, não há como fazê-lo.

Outrossim, também não é possível, sem o adequado processamento da ação de busca e apreensão, vir a ser aplicado o disposto no art. 805, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015. Tudo dependerá das peculiaridades de cada hipótese em concreto.

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial de BANCO VOLKSWAGEN S.A, para, acompanhando o voto divergente proferido pelo eminente Min. Marco Aurélio Bellizze, determinar que os autos retornem à

Superior Tribunal de Justiça

origem, para que se admita o processamento da ação de busca e apreensão, na esteira do devido processo legal.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Senhor Presidente, peço a *maxima venia* ao eminente Relator para acompanhar integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Reafirmo o voto-vista que já havia proferido na Turma:

"Banco Volkswagen S.A. ajuizou ação de busca e apreensão em face de [REDACTED], para a retomada de veículo automotor vinculado a cédula de crédito bancário com garantia de alienação fiduciária, da qual penderia o pagamento das quatro últimas das 48 parcelas ajustadas, no valor individual de R\$ 439,86.

Sentenciando, o Juízo da 1ª Vara Cível de Nanuque, MG, julgou extinta sem julgamento do mérito ação em virtude de o devedor haver adimplido parcela substancial do débito, correspondente a 91,66% (fl. 35).

Apelou o Banco Volkswagen S.A.

O TJMG confirmou a decisão mediante a negativa de seguimento à apelação, fazendo referência à pendência de três prestações (fl. 79), conforme ementa assim redigida (fl. 77):

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NEGATIVA MONOCRÁTICA DE SEGUIMENTO. REGULARIDADE.

A teoria do adimplemento substancial tem sido aplicada pelos tribunais pátrios como instrumento de equidade colocado à disposição do intérprete para que nas hipóteses em que a extinção da obrigação esteja muito próxima do fim, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato mediante a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, permitindo-se somente a propositura de ação de cobrança do saldo em aberto ou eventual execução.

A instituição financeira interpõe recurso especial, com alicerce nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, apontando violação dos arts. 422 do Código Civil, 267, inciso VI, do Código de Processo Civil de 1973, 2º, § 2º, e 3º, do Decreto-lei 911/1969, com as alterações introduzidas com a edição

das Leis 10.931/2004 e 13.043/2014, no sentido de que, comprovada a mora, é obrigatória a expedição de mandado de retomada, independentemente do número de prestações faltantes para a extinção do vínculo.

Sustenta que a teoria do adimplemento substancial não tem previsão legal, embora o próprio STJ a aplique com base em construção jurisprudencial, porém não estão presentes os requisitos na espécie, já que o valor devido não é irrisório, superando os R\$ 3.000,00 (fl. 95), nem está presente a boa-fé objetiva quando não respeitados os direitos recíprocos dos contratantes, o que é manifesto porque tenta há um ano receber as três últimas prestações sem sucesso (fl. 96).

Assevera que atendeu a todos os pressupostos processuais e de validade da ação, como a comprovação da mora, na esteira do que foi definido na jurisprudência desta Corte, mediante notificação válida, portanto não é cabível a extinção sem julgamento de mérito, pois o feito possui aptidão para o trâmite até solução final, que é a satisfação da dívida, cujo responsável não pode ser acobertado em contraposição a sua condição de proprietário do bem.

Por fim, transcreve ementas de julgados que afastaram a aplicação do instituto ou que o aplicaram em diferentes percentuais de quitação.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 132).

(...)

Passo ao exame do mérito do recurso.

Como visto, entendeu o Tribunal estadual que houve adimplemento substancial da obrigação, de forma que a falta de pagamento de apenas três das quarenta e oito prestações não justificaria a busca e apreensão do bem, embora permitida a cobrança do saldo devedor.

Como exposto no voto do eminente Relator, a teoria do adimplemento substancial em contrato de financiamento com alienação fiduciária tem sido acolhida em julgados deste Tribunal em situações bastante peculiares. Como exemplo, extraio de seu douto voto o REsp. 912.697/RO, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, em que, paralelamente à ação de busca e apreensão, ajuizara o devedor ação de consignação em pagamento. Julgada parcialmente procedente a condenação, apurou-se um saldo devedor remanescente de apenas R\$ 254,91, o qual se entendeu não justificar o prosseguimento da ação de busca e apreensão. No REsp. 469.577/SC, relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em

25.3.2003, considerou-se que não violara a lei "a decisão que indefere o pedido de liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. E no REsp. 272.739/MG, também da relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, entendeu-se que a falta apenas da última prestação "não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante" (DJ 2.4.2001).

A esses precedentes, acrescento o julgamento concluído pela 4ª Turma em 2011, do REsp 1.051.270/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, por maioria, em que a teoria do adimplemento substancial foi mas largamente acolhida, em hipótese em que a expressão da dívida não era desprezível e não havia peculiaridades outras, caso mais assemelhado, portanto, ao ora em julgamento. Eis a ementa do acórdão:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (*LEASING*). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.

5. Recurso especial não conhecido.

(4ª Turma, REsp 1.051.270/RS, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, por maioria, DJe de 5.9.2011)

Acompanharam o voto do relator os Ministros Fernando Gonçalves e Carlos Fernando Mathias, ficando vencido o Ministro João Otávio de Noronha, de cujo voto extraio:

"O caso em apreço não diz respeito a controvérsia sobre uma única parcela inadimplida, tampouco trata da reintegração de bem essencial à atividade do devedor, hipótese versada em precedentes colacionados neste feito. Diversamente, refere-se ao não pagamento consecutivo e reiterado de cinco prestações, fato que foi claramente reconhecido pelo devedor. Todavia, **não se trata de adimplemento significativo a ponto de a fração descumprida ser inútil para o credor, de forma que arrefeça o seu direito de exigir correspondente satisfação e o impeça de buscar a tutela jurisdicional.**

Outra questão a considerar é a equidade de interesses e predisposição das partes para o positivo cumprimento do contrato, porquanto a boa-fé objetiva opera em duas direções e subsume-se na própria atuação dos contratantes, não se esgotando na conduta de confiança e lealdade do credor, pois também requer do devedor igual padrão de comportamento, da celebração à execução do contrato.

Posteriormente, a 4ª Turma, a respeito da purgação da mora em contratos com garantia de alienação fiduciária, em particular quanto ao regime adotado a partir da vigência da Lei 10.931/2004, assim decidiu:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.

DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA E PROSSEGUIMENTO DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DO TOTAL DA DÍVIDA (PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS).

1) A atual redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969 não faculta ao devedor a purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente.

2) Somente se o devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar, ser-lhe-á restituído o bem, livre do ônus da propriedade fiduciária.

3) A entrega do bem livre do ônus da propriedade fiduciária pressupõe pagamento integral do débito, incluindo as parcelas vencidas, vincendas e encargos.

4) Inexistência de violação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

5) Recurso especial provido.

(4ª Turma, REsp 1.287.402/PR, Rel. p/ acórdão Ministro ANTÔNIO CARLOS FERREIRA, por maioria, DJe de 18.6.2013)

O voto do relator originário, Ministro Marco Buzzi, conferia à nova disciplina da alienação fiduciária interpretação que permitisse, com base nas regras do CDC, no princípio da preservação do contrato de adesão, na boa fé objetiva e na função social do contrato, a purgação da mora, mediante o pagamento apenas das parcelas vencidas, e não da integralidade da dívida antecipadamente dada por vencida pelo credor, mesmo após a edição da Lei 10.931/2004, que introduziu alterações no Decreto-lei 911/1969.

Ao aderir à divergência inaugurada pelo Ministro Antônio Carlos Ferreira assim me manifestei:

Sr. Presidente, como o Relator bem reconheceu, a alienação fiduciária foi imprescindível para que o consumidor pudesse ter acesso a crédito. E não é só acesso a crédito, penso que ela repercute também na própria taxa de juros bancária, na diminuição do risco assumido pelo banco, uma vez que possibilita o retorno do capital de uma forma mais rápida em caso de inadimplência. Penso que a alienação fiduciária só causa esse resultado de facilitar o crédito se for dentro do sistema legal em que ela foi concebida, que é um sistema feito por lei ordinária, primeiro um decreto-lei da década de 1969, que sofreu alterações de uma lei de 2004, com a

mesma hierarquia do CDC. Penso que não se pode deixar de aplicar uma regra legal expressa, editada em 2004, porque ela seria contra um princípio do CDC e penso que a circunstância do CDC ser aplicável a contratos bancários não impede que leis ordinárias posteriores sejam editadas estabelecendo um tipo de contrato que visa a dar maior garantia às instituições financeiras do resgate da dívida exatamente para que elas possam oferecer mais crédito com taxas de juros que deveriam ser mais acessíveis. Mas, se não são, se os juros são altos mesmo assim, é uma questão de mercado e de política econômica que não pode ser resolvida por meio de iniciativas típicas do Poder Judiciário em casos concretos submetidos à sua apreciação.

Aqui, no caso da lei de alienação fiduciária, dispõe o art. 2º que:

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

§ 1º O crédito a que se refere o presente artigo abrange o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convencionados pelas partes."

E ainda estabelece o § 2º do mesmo art. 2º que:

"A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de cartório de títulos e documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor."

E ainda o § 3º:

"A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida, facultarão ao credor considerar de pleno direito vencidas todas as obrigações contratuais,

independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.”

A regra legal é, pois, de que, havendo inadimplemento comunicado por intermédio do cartório de títulos e documentos, o proprietário fiduciário pode vender a coisa a terceiros. Pode vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, avaliação, hasta pública. Então, em sequência, diz o art. 3º:

“O proprietário fiduciário poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou inadimplemento do devedor.”

Quando o credor fiduciário ajuíza a busca e apreensão com base no art. 3º é porque ele quer a posse, ele quer consolidar a posse e a propriedade plena. Assim, ele está exercendo a prerrogativa legal de ter como vencida de pleno direito a dívida. Caso contrário, ele não iria buscar na Justiça a posse do bem.

E aí prossegue o parágrafo 1º do art. 3º:

"Cinco dias após executada a liminar, consolidar-se-ão a posse e a propriedade plena e exclusiva do bem do patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor ou terceiro por ele indicado livre do ônus da propriedade fiduciária."

Portanto, nesses cinco dias, se ele não depositar o valor da dívida inteira antecipadamente vencida, a posse e a propriedade plena ficam consolidadas na pessoa do credor.

A lei faculta, no prazo desses cinco dias que se seguem à execução da liminar, que o devedor fiduciante pague "a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus". Se fossem só as parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação, a lei não determinaria que fosse paga a dívida pendente segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário e, nesse caso, o bem lhe fosse restituído livre do ônus. Diante do pagamento parcial, o bem seria restituído com o ônus da alienação fiduciária.

Com a devida vênia, penso que o entendimento do Relator, por mais que seja inspirado na defesa do consumidor e no princípio de

preservação e do fim social do contrato, na realidade, data máxima vênia, ele vai contra o consumidor, contra o contrato e contra o sistema, porque essa mescla de princípios do CDC, naquilo em que ele é incompatível com o regime da alienação fiduciária, que pressupõe a propriedade do bem em nome do credor como garantia, ela acaba, a meu ver, com a finalidade do instituto da alienação fiduciária, que, exatamente, dá essa garantia ao credor.

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 da alienação fiduciária.

Penso, com a devida vênia, que não há ofensa ao princípio da boa-fé, porque é inerente ao sistema da alienação fiduciária essa prerrogativa do credor. Estão cientes ambos os contratantes de que a propriedade do bem é do credor e poderá ser nele consolidada, atendidos os trâmites legais e contratuais. Não haveria, data vênia, uma preservação do contrato, mas a descaracterização do sistema do contrato de alienação fiduciária e a criação por decisão judicial de um outro contrato atípico que não foi o pretendido pelas partes, mais semelhante a um contrato de mútuo, o qual, certamente, não teria sido celebrado nas mesmas condições pela instituição financeira credora.

Portanto, cumprimento o eminente Relator pelo voto cuidadoso e inovador, mas, nesse caso, penso que a jurisprudência atual da Corte contribui para dar força a esse instituto de alienação fiduciária, o qual todos estamos de acordo veio no sentido de fortalecer o crédito em prol dos consumidores e do sistema financeiro nacional.

Esse entendimento foi consolidado pela 2ª Seção, no julgamento do REsp repetitivo 1.418.593/MS, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969.

ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".

2. Recurso especial provido.

(DJe de 27.5.2014)

O acórdão no REsp repetitivo 1.418.593/MS invocou como precedente o já citado precedente da 4ª Turma (REsp 1.287.402/PR), como se verifica da transcrição do voto do Ministro Salomão:

O texto atual do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 é de clareza solar no tocante à necessidade de quitação de todo o débito, inclusive as prestações vincendas.

Realizando o cotejo entre a redação originária e a atual, fica límpido que a Lei não faculta mais ao devedor a purgação de mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraindo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida.

Dessarte, a redação vigente do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, segundo entendo, não apenas estabelece que o devedor fiduciante poderá **pagar a integralidade da dívida pendente**, como dispõe que, **nessa hipótese, o bem será restituído livre do ônus** - não havendo, pois, margem à dúvida acerca de se tratar de pagamento de toda a dívida, isto é, de extinção da obrigação, relativa à relação jurídica de direito material (contratual).

(...)

Nesse passo, a título de registro, vale transcrever o voto proferido no REsp 1.287.402/PR, relator p/ acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira. Sua Excelência alinhavou:

A hipótese legal, para mim, é muito clara. O devedor pode, nos 5 (cinco) dias previstos em lei, pagar a integralidade da dívida pendente. "O devedor fiduciante poderá pagar a integralidade

da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus".

Ora, se o bem vai ser restituído livre de ônus, é porque deverá ser realizado o pagamento integral da dívida, incluindo o valor correspondente às parcelas vincendas e encargos. É o que se conclui da leitura do § 2º do artigo 3º do Decreto-lei n. 911/69, com a redação introduzida pela Lei n. 10.931/2004;

Sr. Presidente, entendo que a alteração do referido Decreto-lei levada a efeito por meio da Lei n. 10.931/2004 não foi à toa. A intenção do legislador é exatamente essa: o pagamento da integralidade da dívida (parcelas vencidas e vincendas).

O instituto da alienação fiduciária é um instituto útil para o desenvolvimento do País. Não é só financiamento de automóveis, inclui financiamento de máquinas, equipamentos, implementos agrícolas e até imóveis.

Esse instituto, na forma como é concebido, facilita o acesso ao crédito e reduz o seu custo, exatamente porque assegura ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem financiado e a recuperação do crédito.

Por isso, pedindo vênua ao relator, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO.

(...)

Com efeito, embora respeitando o entendimento contrário, penso que, sob pena de se criar insegurança jurídica e violação ao princípio da tripartição dos poderes, não cabe ao Judiciário, a pretexto de interpretar a norma, terminar por, mediante engenhosa construção, criar hipótese de purgação da mora não contemplada pela Lei.

(...)

Dessarte, é inegável que, com a vigência da Lei n. 10.931/2004, o art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei 911/1969, para os casos de alienação fiduciária envolvendo bem móvel, é mitigado o princípio da conservação dos contratos consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pelo afastamento, para esta relação contratual, do art. 401 do CC.

Nesse particular, ademais, cumpre consignar que, evidentemente, naquilo que compatível, aplicam-se à relação contratual envolvendo alienação fiduciária de bem móvel, integralmente, as disposições previstas no Código Civil e, nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor.

Coerentemente com seu voto vencido no REsp 1.287.402/PR, o

Ministro Marco Buzzi acompanhou o relator, ressaltando, todavia, o seu entendimento pessoal:

Inicialmente, sobreleva deixar assente que, a partir do julgamento do Resp n. 1.287.402/PR (Relator Ministro MARCO BUZZI, Relator p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, julgado em 03/05/2012, DJe 18/06/2013), em que a Quarta Turma, por maioria de votos, perfilhou o posicionamento de que, "decorrido o prazo de cinco dias, contados da execução da liminar, cabe ao devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescente (parcelas vencidas e vincendas) para fins de obter a restituição do bem livre de ônus", este subscritor passou a adotar a aludida orientação, atento à função uniformizadora desta Corte de Justiça, procedendo-se à ressalva de seu entendimento pessoal sobre a questão.

Do mesmo modo em que se procedeu naquela oportunidade, este signatário consigna que, tanto o teor do artigo 2º, § 3º, do Decreto-Lei 911/69, que faculta ao credor fiduciário considerar antecipadamente vencida a totalidade da dívida em caso de mora, quanto o prescrito no artigo 3º, §§ 1º e 2º, que possui previsão no sentido de que o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, devem ser interpretados a bem da preservação do contrato de adesão firmado pelas partes, já que a norma não veda expressamente a purgação da mora, ou se preferir, o resgate do débito pendente.

Tal ponderação milita em dar ênfase aos direitos do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF), mormente no caso sob análise, em que o devedor (parte vulnerável) se dispõe ao pagamento do débito vencido e não pago, a fim de preservar a avença, restando, portanto, resgatadas a função social do contrato e a boa-fé objetiva que devem respaldar tais negócios jurídicos.

Frise-se que procede de interpretação normativa e não de disposição expressa de lei, o entendimento que obriga o devedor fiduciante ao pagamento da integralidade do saldo devedor por força do vencimento antecipado decorrente da mora, vez que o texto legal estabelece uma faculdade ao credor fiduciário em considerar antecipadamente vencido o contrato, o que não impede ou afasta a interpretação dos dispositivos legais já mencionados em favor da parte vulnerável da relação, como exige o estatuto consumerista, no sentido de possibilitar e preservar a continuidade da relação contratual, nos casos em que evidenciado o pagamento das parcelas em atraso no prazo estabelecido no §1º do art. 3º do Decreto-Lei

911/69.

Com o devido e máximo respeito, sufraga-se que o entendimento ora esposado por esta Corte, acerca do tema em foco, não se mostra compatível com a principiologia exegética que orienta nosso sistema, porquanto confere interpretação extensiva ao artigo 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 911/69, com a redação dada pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, fazendo presumir que, para a purgação da mora exigir-se-ia o pagamento integral do saldo devedor do mútuo, e não o resgate da integralidade da dívida pendente, até então.

Os princípios da preservação do contrato de adesão, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, que amparam o entendimento dos que sustentam a possibilidade de purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária, são os mesmos que embasam a tese de que o adimplemento substancial impede a ação de busca e apreensão, restando ao credor, proprietário fiduciário, ajuizar ação de cobrança ou execução para buscar o adimplemento das últimas prestações do financiamento.

O que nos primeiros precedentes justificava privar o credor do direito à busca e apreensão era o pequeno resíduo de prestações, apurado ao final de ação de consignação em pagamento, ou a última prestação. Atualmente vem sendo considerado adimplemento substancial a ausência de pagamento das cinco últimas parcelas (REsp 1.051.270/RS) ou das três últimas, como no caso ora em exame.

Penso, data maxima vênia, que tal flexibilização é incompatível com o decidido no REsp repetitivo 1.418.593/MS, pois o conceito de integralidade da dívida, cujo pagamento é imprescindível para evitar a consolidação da propriedade plena e da posse em nome do credor fiduciário, é incompatível com a ausência de pagamento de alguma de suas prestações, mesmo que apenas uma delas.

Se não poderia o devedor, segundo a tese aprovada no julgamento do REsp repetitivo 1.418.593/MS, evitar a consolidação da propriedade plena em favor do credor fiduciário mediante o pagamento incompleto (não integral) da dívida, seria incoerente, data maxima vênia, privar o credor da ação de busca e apreensão se há prestações incontroversamente não adimplidas.

A exceção que faço é apenas aquela constante do voto-vencido do Ministro João Otávio no REsp 1.051.270/RS acima transcrito: se a parcela remanescente for tão pequena que dela não possa extrair o credor utilidade. Isto significa: se for tão diminuta que sequer justifique a cobrança da dívida, o que

naturalmente não se compadece com a ressalva feita no acórdão recorrido, de que ao credor fiduciário seria possível a cobrança da dívida sobejante por ação de cobrança ou execução, com os acréscimos de custos e retardamento inevitáveis.

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 integralmente a obrigação do mutuário.

Nesse sentido, em recente julgamento, a 3ª Turma, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, afastou, por maioria, a alegação de que a teoria do adimplemento substancial impediria que o banco proprietário fiduciário ajuizasse ação de busca e apreensão em hipótese em que havia apenas uma das vinte e quatro parcelas não paga, a décima terceira. Trata-se do REsp 1.255.179/RJ, de cujo voto condutor extraio:

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

Daí porque não merece prosperar a orientação esposada pelo Tribunal local, quando concluiu por ser ilícita a conduta do banco recorrente pelo simples de fato de existirem, em tese, outras formas de buscar a satisfação de seu crédito e que seriam, ao entender daquela Corte, mais condizentes com a boa-fé.

O meio utilizado pelo recorrente para obter do devedor a quitação do débito, além de ser o legalmente autorizado, revelou-se adequado e eficaz, não havendo razão lógica para se falar em desproporção da medida, abuso de direito, e, menos ainda, em má-fé de sua parte, que, como consabido, não pode ser presumida.

(...)

O crédito remanescente, assim, ainda que considerado de menor importância quando comparado à parcela já adimplida da obrigação contratual, **pode ser perseguido pelo credor a partir da utilização dos meios admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se encontram, por exemplo, a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969**, que, por razões óbvias, não pode ser confundida com ação de rescisão

contratual - essa, sim, potencialmente indevida em virtude do substancial adimplemento da obrigação.

Daí porque, analisado o caso dos autos também por esse prisma, não há falar em ilicitude na conduta do banco recorrente.

Nesse particular, impõe-se rememorar que, diante da própria natureza do contrato de financiamento de automóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia, a medida de busca e apreensão do veículo em virtude da mora ou inadimplemento do devedor não tem por finalidade a extinção do contrato. Traduz-se, em verdade, em meio posto à disposição do credor fiduciário para possibilitar a satisfação do seu crédito independentemente de ato voluntário do devedor.

Desse modo, ausente qualquer ilicitude no comportamento do banco ora recorrente, condená-lo, como fez o acórdão recorrido, a reparar o devedor por supostos danos morais resultantes do cumprimento de medida liminar regularmente deferida pelo juízo competente nos autos de ação de busca e apreensão constituiria verdadeira inversão de valores, com a promoção do enriquecimento sem causa daquele que foi o único responsável, de fato, por eventuais transtornos daí resultantes: o devedor inadimplente, ora recorrido.

(3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, por maioria, DJe de 18.11.2015)

Assim como o entendimento que prevaleceu na 3ª Turma, entendo que não ofende o princípio da boa fé o exercício regular de direito que se extrai do contrato e da legislação especial de regência, direito este que é precisamente a essência da garantia alienação fiduciária (Código Civil, art. 188, inciso I).

A função social do contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária é precisamente ensejar a circulação de riqueza, com a concessão de empréstimos a taxas melhores do que as que seriam obtidas por meio de outras linhas de crédito sem tal garantia.

Acrescento que ainda há outro entrave para a adoção da teoria do adimplemento substancial a partir do advento da Lei 10.931/2004, a saber, o caráter subjetivo do percentual que a jurisprudência assim enquadra, resultante da análise de cada caso em concreto, ficando relegada, na maioria das vezes, à compreensão empregada pelos Julgadores das instâncias precedentes, com esteio da Súmula 7/STJ, utilizada em grande número de processos decididos nesta Corte.

Depreende-se, daí, que não há estabilidade no conceito difundido por meio da expressão "adimplemento substancial", estando o instituto sujeito ao

Superior Tribunal de Justiça

conceito subjetivo de cada aplicador do Direito, causando indesejável de instabilidade pela carência de uniformidade que proporciona.

Em síntese, com a devida vênia, acredito que há franca contradição entre o entendimento jurisprudencial que considera e aplica a teoria do adimplemento substancial contrariamente à disposição literal da lei e com o próprio posicionamento adotado no REsp repetitivo 1.418.593/MS, o que contribui para insegurança jurídica das relações contratuais, enfraquecendo a garantia livremente pactuada nos contratos de alienação fiduciária e, contribuindo, por isso mesmo, para o encarecimento do crédito e dificultando a sua recuperação judicial, que passa a depender de ação com tramitação por rito menos célere que a ação de busca e apreensão.

Em conclusão, com a devida vênia, dou provimento ao agravo interno para, de logo, conhecer e dar provimento ao recurso especial para o efeito de determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem para regular processamento da ação de busca e apreensão."

Reiterando esses fundamentos, acompanho a divergência, com a vênia do Relator.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva.
Vencidos os Srs. Ministros Marco Buzzi (Relator) e Luis Felipe Salomão.
Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.