

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BARBARA THAMMY NARAZAKI

O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A  
INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL COM  
BASE NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA NO JULGAMENTO  
DO RESP 1.622.555/MG

CURITIBA

2021

BARBARA THAMMY NARAZAKI

O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A  
INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL COM  
BASE NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA NO JULGAMENTO  
DO RESP 1.622.555/MG

Artigo apresentado como requisito parcial à  
conclusão do curso de Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski  
Ruzyk

CURITIBA

2021

TERMO DE APROVAÇÃO

O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A  
INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL COM  
BASE NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

BARBARA THAMMY NARAZAKI

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de  
Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal  
do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



---

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

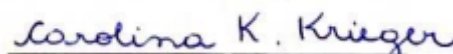
Orientador



---

Maria Candida do Amaral Kroetz

1º membro



Carolina Kosma Krieger

2º membro

## **RESUMO**

O artigo se dedica a analisar a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em relação aos contratos de alienação fiduciária em garantia, considerando a Análise Econômica do Direito desenvolvida no julgamento do Recurso Especial nº. 1.622.555/MG. Para tanto, são examinados os votos e as respectivas análises econômicas desenvolvidas por cada um dos Ministros. Na sequência se verifica a conformação entre os argumentos desenvolvidos e os conceitos econômicos, de forma a examinar a Análise Econômica do Direito realizada no RESP 1.622.555/MG.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária em Garantia. Teoria do Adimplemento Substancial. Análise Econômica do Direito.

## **ABSTRACT**

*The article analyses the inapplicability of the substantial performance in fiduciary alienation in warranty, considering the Law and Economics in the judgment of “Special Appeal” n°. 1.622.555/MG. To this end, the votes are examined and economic analysis. In the sequence, it is verified if there is conformation between the developed concepts and the economic analysis, to examine the Law and Economics carried out in “Special Appeal” 1.622.555/MG.*

*Keywords: Fiduciary Alienation in Warranty. Substantial Performance. Law and Economics.*

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil de 2015
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJMT	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
AED	Análise Econômica do Direito

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2.</b>	<b>DIREITOS REAIS DE GARANTIA</b> .....	<b>9</b>
<b>3.</b>	<b>NEGÓCIO FIDUCIÁRIO</b> .....	<b>10</b>
3.1.	OS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	11
3.2.	A CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR FIDUCIANTE EM MORA E O INSTITUTO PROCESSUAL DA BUSCA E APREENSÃO .....	13
<b>4.</b>	<b>OS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL</b> .....	<b>16</b>
<b>5.</b>	<b>A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS</b> .....	<b>18</b>
5.1.	A ANÁLISE ECONÔMICA REALIZADA NO JULGAMENTO DO RESP 1.622.555/MG .....	21
<b>6.</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>30</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>32</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O instituto da alienação fiduciária em garantia consiste em espécie contratual que, no cenário brasileiro, ao longo das últimas décadas, ganhou especial destaque dentro das relações estabelecidas entre particulares. Isso se justifica em boa medida pelos benefícios que o referido instituto apresenta tanto para contratantes quanto para os contratados.

A crescente celebração de contratos de alienação fiduciária movimentou o Poder Judiciário na mesma proporção, especialmente em razão da mora dos devedores fiduciantes no pagamento das parcelas ajustadas contratualmente.

A legislação especial que regula os contratos de alienação fiduciária autoriza o credor fiduciário pleitear em juízo, ante a mora do devedor, o cumprimento forçado da obrigação. Tal medida se concretiza mediante o ajuizamento de Ação de busca e apreensão, a qual permite apreender e alienar o bem dado em garantia, caso o devedor não efetue o pagamento do valor integral da dívida no prazo estipulado.

Surge, nesse contexto, a discussão no que diz respeito a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia. Acerca do tema, o STJ julgou o RESP nº. 1.622.555/MG, através do qual decidiu-se, por maioria, que em face dos contratos de alienação fiduciária em garantia não se aplicaria a teoria do adimplemento substancial.

No julgamento do referido Recurso Especial, alguns dos Ministros julgadores, em seus respectivos votos, realizaram a Análise Econômica do Direito - AED e concluíram que a incidência da teoria do adimplemento substancial sobre os contratos de alienação fiduciária em garantia acabaria, em última análise, por prejudicar os contratantes adimplentes.

Nesse contexto, o presente artigo, num primeiro momento, será dedicado a analisar individualmente os institutos da alienação fiduciária em garantia e da teoria do adimplemento substancial. Em um segundo momento, serão analisados os conceitos econômicos utilizados na AED e, posteriormente, aplicados para compreensão dos fundamentos utilizados no julgamento do RESP 1.622.555/MG.

## 2. DIREITOS REAIS DE GARANTIA

De início, será feita uma breve introdução aos direitos reais de garantia,<sup>1</sup> isso se justifica porque embora a alienação fiduciária em garantia seja um instituto contratual, ela institui um direito real de propriedade, qual seja, o direito da propriedade fiduciária<sup>2</sup>, o qual serve ao credor fiduciário como garantia ao cumprimento da obrigação.<sup>3</sup>

O direito das coisas tem por objeto as coisas corpóreas, sejam elas móveis ou imóveis, dotadas de caráter econômico e suscetíveis de apropriação.<sup>4</sup> Dentro do gênero do direito das coisas encontram-se os chamados direitos reais, os quais, como defende a doutrina majoritária, são definidos em caráter de *numerus clausus* através do art. 1.225 do Código Civil de 2002.<sup>5</sup>

Em primeiro lugar, é necessário compreender que o direito real estabelece um vínculo entre pessoa e coisa.<sup>6</sup> Através desse vínculo o titular do direito real adquire a capacidade de exercer diretamente sobre a coisa ao menos um dos poderes inerentes ao domínio - dar, fruir e/ou dispor.

O direito real sempre irá aderir diretamente a coisa que se encontra vinculado, característica que concede ao seu titular o denominado direito de seqüela, o qual autoriza a perseguição da coisa nas mãos de quem ela estiver.<sup>7</sup> Ou seja, através do direito de seqüela, o titular de direito real tem direito de oponibilidade *erga omnes* em relação àqueles que tentem prejudicar o regular exercício dos direitos de usar, fruir e/ou dispor

<sup>1</sup> Preliminarmente, evidencia-se que o presente artigo adotará a teoria dualista dos direitos reais, linha que conjuga características tanto da teoria realista quanto da teoria personalista, admitindo que no direito real estabelece-se um vínculo de poder entre seu titular e a coisa. (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: volume 4: direito das coisas**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 5.)

<sup>2</sup> Na definição de Noronha, a propriedade fiduciária consiste em uma “supergarantia” (NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.198)

<sup>3</sup> Art. 1.368-B. A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

<sup>4</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, a seu tempo, definem o direito das coisas como sendo aquele que “regula o poder do homem sobre certos bens suscetíveis de valor e os modos de sua utilização econômica”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDM, Nelson. **Curso de Direito Civil: volume 5: reais**. 14.<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 32.)

<sup>5</sup>BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 14 de fev. de 2021.

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro. 4º vol.** 14.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 214-217.

<sup>7</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, nesse sentido, lecionam que “a seqüela se relaciona ao princípio da inerência ou aderência, no sentido do direito real aderir à coisa e a perseguir. A seqüela é nota privativa dos direitos reais, pois um objeto determinado é vinculado à atuação de seu titular”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDM, Nelson. **Curso de Direito Civil: volume 5: reais**. 14.<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 38.)

do bem (aspecto positivo), o que, por consequência, gera o dever geral de abstenção de todas as demais pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas (aspecto negativo).<sup>8</sup>

Os direitos reais subdividem-se, por sua vez, em direitos reais sobre coisa própria e coisa alheia. Quando exercidos sobre coisa alheia, podem ser classificados entre direitos reais de fruição, garantia e de aquisição. Nos interessa para o presente artigo o estudo dos direitos reais exercidos sobre coisa alheia, especialmente quando dado em garantia ao cumprimento de determinada obrigação.

Em relação aos direitos reais de garantia, o artigo 1.419 do Código Civil define que “nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”.<sup>9</sup> Ou seja, no direito brasileiro verificamos três modalidades de garantia real (i) penhor, (ii) anticrese e (iii) hipoteca. Nenhuma delas, entretanto, é foco do trabalho em mãos, sendo, neste caso, suficiente compreender que embora cada uma das três modalidades possua características específicas, todas elas compartilham do chamado “direito de prelação”. Sílvio de Salvo Venosa, sobre o direito de prelação, explica que quando um bem é objeto de um direito real de garantia ele responderá preferencialmente por determinada dívida, assim como será primeiramente destinado à satisfação da respectiva obrigação.<sup>10</sup>

O referido autor, ainda sobre o direito real de garantia, segue afirmando que é graças a um grande esforço doutrinário que a garantia passou a ser ligada diretamente a um bem, se desvinculando do devedor,<sup>11</sup> o que confere ao credor a garantia de que bem gravado irá responder inabalavelmente para satisfação de seu crédito.<sup>12</sup>

### 3. NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Conforme mencionado anteriormente, embora a alienação fiduciária em garantia não seja considerada propriamente como um direito real de garantia, mas sim como um contrato, ela institui um direito real de propriedade: a propriedade fiduciária.

---

<sup>8</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; BÜRGER, Marcelo. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 2, p. a. 6. n. 2. 20-27, 2017, p. 09. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Ruzyk-e-B%C3%BCrger-civilistica.com-a.6.n.2.2017-2.pdf>>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

<sup>9</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

<sup>10</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 534.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 531.

<sup>12</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 421

A fim de tornar mais clara a relação estabelecida entre o direito real de garantia e o direito real de propriedade constituído através da celebração dos contratos de alienação fiduciária em garantia, explica-se, a partir de agora, a origem do instituto da alienação fiduciária e seus caracteres atuais.

Melhim Namem Chalhub aponta que a origem histórica da alienação fiduciária pode ser verificada no Direito Romano, nas situações em que se realizava a venda fictícia ou provisória de determinado bem. Isso porque, aquele que realizava a entrega da coisa de forma provisória (fiduciante) teria ela restituída quando cumprisse com determinada obrigação assumida em relação àquele que recebeu o bem provisoriamente (fiduciário).<sup>13</sup>

Orlando Gomes, por sua vez, define a alienação fiduciária como o negócio jurídico que conjuga dois vínculos (i) transmissão da propriedade e (ii) retorno da propriedade ao patrimônio do transmitente. A restituição do bem ao seu transmitente, entretanto, fica subordinada a concretização de determinado acontecimento a que se obrigaram o fiduciante e o fiduciário, ou até que seja solicitada a restituição do bem.<sup>14</sup>

O mesmo autor segue explicando que a disposição condicional<sup>15</sup> estabelecida entre fiduciante e fiduciário para a devolução do bem, pode realizar-se por diversas finalidades: a) ulterior transmissão de bens a terceiros; b) administração da coisa alienada; c) execução de um crédito; d) garantia de uma dívida.<sup>16</sup> Ou seja, a alienação fiduciária constituída para a garantia de uma dívida, ou simplesmente alienação fiduciária em garantia, é espécie do gênero negócio fiduciário.

### 3.1. OS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Verifica-se no instituto da alienação fiduciária em garantia caráter acessório, pois sua celebração ocorre somente quando se pretende estabelecer uma garantia face à dívida assumida pelo fiduciante (devedor) em relação ao fiduciário (credor).<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 10.

<sup>14</sup> GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 33.

<sup>15</sup> Carlos Roberto Gonçalves define a alienação fiduciária como negócio jurídico de disposição condicional. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433.)

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 33.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. III. p. 115-117.

Sobre a concessão de crédito e a garantia estabelecida, Luciano Benetti Timm e Tatiana Duck os caracterizam como “elementos indissociáveis para que a obrigação possa se considerar completa, possibilitando ao credor a responsabilização patrimonial do devedor na hipótese de descumprimento da prestação devida”.<sup>18</sup>

Outra característica importante desses contratos consiste na transmissão da propriedade (fiduciária) do bem dado em garantia ao credor fiduciário, mas a retenção da posse direta do bem pelo devedor fiduciante.<sup>19</sup>

Orlando Gomes, nesse sentido, afirma que o constituto possessório que permite que o devedor fiduciante continue a exercer a posse direta sobre o bem alienado fiduciariamente é economicamente necessário, porque satisfaz simultaneamente duas necessidades do consumidor: a necessidade de crédito e a impossibilidade de privar-se do bem que se pretende adquirir.<sup>20</sup>

Nada obstante, o credor fiduciário ainda detém a propriedade do bem, ou seja, exerce sobre ele direito real de propriedade, que se resolverá somente após o pagamento de todas as parcelas pactuadas em contrato, momento a partir do qual o devedor fiduciante se torna o proprietário definitivo do bem.<sup>21</sup>

No direito brasileiro a alienação fiduciária em garantia foi instituída pelo art. 66-B da lei que disciplina o mercado de capitais (Lei 4.728/1965),<sup>22</sup> as disposições processuais, em especial o instituto da busca e apreensão, foram implementadas através do Decreto-Lei 911/1969,<sup>23</sup> com alterações feitas pelas Leis nº. 10.931/2004<sup>24</sup> e nº.

---

<sup>18</sup> TIMM, L., & DRUCK, T.. **A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA EM UMA PERSPECTIVA DE DIREITO E ECONOMIA**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007, p. 8. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/8r96775p>. Acesso em: 26 de mar. de 2021.

<sup>19</sup> Quanto a possibilidade do devedor fiduciante permanecer com a posse direta do bem, Orlando Gomes leciona que a “lei brasileira não aceita a cisão da propriedade, a ser dividida entre o fiduciário e o fiduciante, este com a propriedade formal e aquele com a real, desta forma, diante do instituto da propriedade resolúvel, mitigou-se tal questão, uma vez que o fiduciário possui uma propriedade limitada, sob uma condição resolutiva, e o fiduciante uma expectativa de direito, um proprietário sob condição suspensiva, não havendo propriedade atual deste último, contudo há de se ressaltar que o fiduciante poderá praticar todos os atos conservatórios de sua potencial propriedade”. (GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 38.)

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 18

<sup>21</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: direito das coisas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 451.

<sup>22</sup> BRASIL. **Lei do Mercado de Capitais, de 14 de julho de 1965 de 1965**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14728.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm)>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

<sup>23</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2021.

<sup>24</sup> BRASIL. **Lei nº. 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2021.

13.043/2014.<sup>25</sup> O Código Civil de 2002, por sua vez, disciplina sobre o instituto nos artigos 1.361 a 1.368-B.<sup>26</sup>

Ressalta-se que a Lei nº. 4.728/1965 e o Decreto-Lei nº. 911/1969 disciplinam exclusivamente os contratos de alienação fiduciária celebrados por Instituições Financeiras ou pessoas jurídicas que integram o Sistema Financeiro Nacional, justamente os contratos que fazem parte da delimitação do tema do presente artigo.

Quanto aos bens que podem ser objeto dos contratos de alienação fiduciária em garantia, existe a obrigação de que sejam da espécie durável, pois bens que deterioram ou perecem em um único ato tornam inviáveis a garantia dada. Deve ainda o bem ser passível de identificação por sinais característicos, como número de fabricação, série, dentre outros, é o que determina o art. 66-B, §1º da lei 4.728/65.<sup>27</sup>

Em suma, os contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis são celebrados conforme a seguinte dinâmica: (i) celebra-se contrato de abertura de crédito, entre instituição financeira e consumidor, em quantia correspondente ao valor do bem que pretende o consumidor adquirir<sup>28</sup>; (ii) o crédito é utilizado para aquisição deste bem; (iii) acessoriamente, é celebrado contrato de alienação fiduciária em garantia, através do qual é transferida a propriedade do bem à instituição financeira (propriedade fiduciária) a título de garantia;<sup>29</sup> (iv) por meio do contrato de alienação fiduciária em garantia fica avençado entre as partes que quando do pagamento integral das parcelas do crédito concedido ao consumidor, a propriedade fiduciária do credor se resolve, e o respectivo bem é transferido definitivamente ao patrimônio do fiduciante.

### 3.2. A CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR FIDUCIANTE EM MORA E O INSTITUTO PROCESSUAL DA BUSCA E APREENSÃO

---

<sup>25</sup> BRASIL. Lei nº. 13.043, de 13 de novembro de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113043.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113043.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2021.

<sup>26</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

<sup>27</sup> GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em garantia*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 54-55.

<sup>28</sup> GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em garantia*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 1-3.

<sup>29</sup> ROCHA, Amélia Soares da; JeReissati, Régis Gurgel do Amaral. *O adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária em relação de consumo e a (im)possibilidade de ação de busca e apreensão*. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 104. ano 25. p. 445-470. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

Prosseguindo na delimitação do tema do presente trabalho, o tópico que segue será dedicado a tecer considerações quando nos contratos de alienação fiduciária em garantia se verifica a mora do devedor fiduciante em relação às parcelas do crédito adquirido.

O primeiro ponto que merece destaque em relação à mora<sup>30</sup> diz respeito a possibilidade do credor fiduciário “considerar, de pleno direito, vencidas tôdas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial”.<sup>31</sup>

Além disso, pode o credor fiduciário perseguir o bem dado em garantia com o fito de aliená-lo e, através do valor obtido com a venda, satisfazer o saldo devedor correspondente ao crédito concedido.

Para perseguição e alienação do bem deve do credor ajuizar ação de busca e apreensão<sup>32</sup>. O Decreto-Lei nº 911/1969, nessa esteira, impõe basicamente duas condições para o regular processamento de tal ação: a mora e a notificação do devedor fiduciante a seu respeito.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento acerca do tema, por meio da Súmula nº. 72, de que “a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”.<sup>33</sup> Nesse sentido, o art. 2º, §2º do referido Decreto-Lei, estabelece que a comprovação de mora e a notificação do devedor fiduciante a seu respeito se dará com o envio de carta registrada com avisto de recebimento.

Outra característica importante da ação de busca e apreensão, estabelecida através do art. 3º do Decreto-Lei nº 911/1969, diz respeito à possibilidade da medida de

---

<sup>30</sup> Em respeito ao rigor conceitual, importa pontuar que a expressão “inadimplemento do contrato de alienação fiduciária”, em sentido estrito, é erroneamente empregada, haja vista que se trata de uma contraprestação pecuniária, e nesse sentido não há “a impossibilidade de cumpri-la, já que poderá ser feita tardiamente, com correção e demais encargos contratuais”. (GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 92.)

<sup>31</sup> 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. (BRASIL. **Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2021.)

<sup>32</sup> Art. 2º. § 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 tôdas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial. (BRASIL. **Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2021.)

<sup>33</sup> Súmula 72, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/04/1993, DJ 20/04/1993 p. 6769.

busca e apreensão do bem ser concedida liminarmente, *inaudita altera pars*, ou seja, sem que antes o devedor fiduciante seja citado.

Efetivada a apreensão do bem, o devedor fiduciante terá o prazo de cinco dias para efetuar o pagamento da integralidade da dívida pendente - lembrando que operada a mora, consideram-se vencidas todas as obrigações contratuais -,<sup>34</sup> ou seja, das prestações vencidas e vincendas.<sup>35</sup> A ausência do pagamento dentro do prazo estipulado, “implica a resolução do contrato e a perda definitiva, para o devedor, da propriedade que alienara fiduciariamente”.<sup>36</sup>

Considerando uma situação em que a ação de busca e apreensão siga regularmente seu curso e o devedor fiduciante não efetue o pagamento integral da dívida dentro do prazo de 5 dias após a apreensão do bem, o credor fiduciário, será investido na posse e propriedade plena do bem.<sup>37</sup> Na sequência, deve o credor fiduciário efetuar a venda do bem a terceiro, independente de leilão ou hasta pública, e utilizar o preço da venda para o pagamento de seu próprio crédito, das despesas decorrentes e, se houver, entregar o saldo apurado ao devedor fiduciante.<sup>38</sup>

Em regra, este é o curso natural seguido pelas ações de busca e apreensão quando verificada a mora do devedor fiduciante nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

---

<sup>34</sup> Com o advento da lei 10.931/2004 foi retirada a condicionante do pagamento de 40% do financiamento para purgação da mora. Contudo, a jurisprudência consolidou o entendimento de que haveria apenas a necessidade de efetuar o pagamento das prestações vencidas mais encargos. (CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 194). Ocorre, entretanto, que em sede de recurso repetitivo o STJ decidiu que “compete ao devedor efetuar o pagamento da integralidade da dívida, entendida esta como os valores apresentados e cobrados pelo credor na inicial, sob pena de consolidação”, assim novamente restou ao credor, em sua discricionariedade, em requerer apenas os valores vencidos ou a totalidade da dívida, desde que ambas comprovadas na inicial de busca e apreensão regida pelo Decreto-Lei 911/1969, tudo isto, no ínfimo prazo de 5 (cinco) dias corridos, não úteis, após a execução da liminar, ou seja, da apreensão do veículo.” (BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.418.593/MS** (2013/0381036-4). Relator Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 14/05/2014, DJ: 27/05/2014.)

<sup>35</sup> Art. 3º. § 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. (BRASIL. **Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2021.)

<sup>36</sup> GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 101.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>38</sup> Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor. (BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.)

#### 4. OS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Há, contudo, situações em que, mesmo diante da mora do devedor, se retira da parte lesada (credor) o seu direito de resolução do respectivo contrato, ficando reservado tão somente o seu direito do ajuizamento de ação para fins ressarcitórios.<sup>39</sup>

Estamos a falar das consequências decorrentes da aplicação da denominada teoria do adimplemento substancial.

Isso porque, a teoria do adimplemento substancial “corresponde à uma limitação ao direito formativo do contratante não inadimplente à resolução, limite este que se oferece quando o incumprimento é de somenos gravidade, não chegando a retirar a utilidade e função da contratação”.<sup>40</sup>

Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva:<sup>41</sup>

"(...) 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)".

Ou seja, a teoria do adimplemento substancial se preocupa especificamente com as situações nas quais o devedor, embora constituído em mora, adimpliu de forma substancial a respectiva obrigação.

Seguindo essa lógica, é possível afirmar que os contratos que têm por objeto prestações em dinheiro e divisíveis, preenchidas determinadas condições, são passíveis de aplicação da teoria do adimplemento substancial. Explica-se, portanto, como em um primeiro momento se vislumbra a possibilidade de incidência da referida teoria nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

Na legislação pátria não se verificar previsão expressa acerca da teoria do adimplemento substancial, embora tal instituto seja recepcionado tanto pela melhor doutrina quando pela jurisprudência.

Foi através da doutrina de Clóvis do Couto e Silva que a teoria do adimplemento substancial foi introduzida no direito brasileiro. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, aluno de

---

<sup>39</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86/95.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>41</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. **O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português**, in "Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 56.

Couto e Silva,<sup>42</sup> foi o responsável por aplicar pela primeira vez a teoria em um caso concreto, quando na época integrava a 5ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul<sup>43</sup>, no ano de 1988.

No Superior Tribunal de Justiça, também é atribuído a Rui Rosado, enquanto Ministro da 4ª Turma, o pioneirismo na aplicação da teoria do adimplemento substancial em se tratando de Corte Superior, no RESP 76.362/MT, de sua relatoria, publicado em abril de 1996.<sup>44</sup>

Os requisitos para incidência da teoria do adimplemento substancial, se concentram basicamente na necessidade de que a obrigação tenha sido cumprida de forma substancial e que o inadimplemento seja de escassa importância. Outrossim, é necessário que se verifique a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes e a possibilidade de conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.<sup>45</sup>

Anderson Schreiber, entretanto, aponta assertivamente que o grande desafio para se verificar a incidência da teoria do adimplemento substancial consiste em saber se o adimplemento se caracteriza ou não como significativo. Nas palavras do doutrinador:<sup>46</sup>

“À falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa. A

---

<sup>42</sup> DE FRADERA, Vera Jacob. Contribuição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior: o magistrado (parte 1). **Conjur**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-09/direito-civil-atual-contribuicao-ruy-rosado-aguiar-junior-magistrado>>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

<sup>43</sup> CONTRATO. RESOLUÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. O COMPRADOR QUE PAGOU TODAS AS PRESTAÇÕES DE CONTRATO DE LONGA DURAÇÃO, MENOS A ÚLTIMA, CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE O CONTRATO, NÃO PODENDO SER DEMANDADO POR RESOLUÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO JULGADA IMPROCEDENTE E PROCEDENTE A CONSIGNATÓRIA. APELO PROVIDO EM PARTE, APENAS RELATIVAMENTE AOS HONORÁRIOS. (BRASIL. TJRS. Apelação Cível 588012666, 5ª CCTJ/RS, Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/04/88.)

<sup>44</sup> 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 PREMIO, POR TRES RAZÕES: A) SEMPRE RECEBEU AS PRESTAÇÕES COM ATRASO, O QUE ESTAVA, ALIAS, PREVISTO NO CONTRATO, SENDO INADMISSIVEL QUE APENAS REJEITE A PRESTAÇÃO QUANDO OCORRA O SINISTRO; B) A SEGURADORA 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 JUIZO, QUANDO SERA POSSIVEL AVALIAR A IMPORTANCIA DO INADIMPLEMENTO, SUFICIENTE PARA A EXTINÇÃO DO NEGOCIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (STJ. Recurso Especial nº 76.362/MT (1995/0050635-1). Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996.)

<sup>45</sup> BRASIL. STJ. **Recurso Especial nº 76.362/MT (1995/0050635-1)**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996.

<sup>46</sup> SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial**. Direito contratual - temas atuais. Coord.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008, p. 140.

jurisprudência tem, assim, reconhecido a configuração de adimplemento substancial quando se verifica o cumprimento do contrato ‘com a falta apenas da última prestação’, ou o recebimento pelo credor de ‘16 das 18 parcelas do financiamento’, ou a ‘hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito’. Em outros casos, a análise judicial tem descido mesmo a uma impressionante aferição percentual, declarando substancial o adimplemento nas hipóteses ‘em que a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das prestações devidas’, ou de pagamento ‘que representa 62,43% do preço contratado’.

O fato é que mesmo diante da ausência de critérios precisos para classificação de um adimplemento enquanto substancial, a teoria do adimplemento substancial é muito utilizada pelos Tribunais e pelas Cortes Superiores como fundamento para extinção de ações que pretendem a resolução contratual. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, com base na teoria do adimplemento substancial, já julgou em diversos casos extinta ação de busca e apreensão do bem dado em garantia em contrato de alienação fiduciária, considerando o adimplemento significativo do contrato por parte do devedor e a consequente impossibilidade de retomada do bem.<sup>4748</sup>

Ocorre, entretanto, que, em relação aos contratos de alienação fiduciária em garantia, muito anterior a simples divergência na fixação de critérios para incidência da teoria do adimplemento substancial, o que há muito se discute é fundamentalmente a própria (im)possibilidade de incidência da teoria do adimplemento substancial, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento.

No tópico que segue será feito cotejo analítico do Recurso Especial 1.622.555/MG,<sup>49</sup> através do qual o Superior Tribunal de Justiça se dedicou a discutir exatamente sobre a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

## **5. A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS**

---

<sup>47</sup> BRASIL. STJ, **Agravo Regimental nº 607.406/RS (2004/0067492-0)**. Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 09/11/2004. DJ: 29/11/2004.

<sup>48</sup>BRASIL. STJ, REsp. 469.577/SC, QUARTA TURMA, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 25.03.2003, DJ 05.05.2003, p. 310

<sup>49</sup> BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.622.555/MG (2015/0279732-8)**. Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 22/02/2017. DJ: 16/12/2015.

O Recurso Especial 1.622.555/MG interposto pelo Banco Volkswagen S/A em face de consumidor, pessoa natural, pretendia o deferimento do pedido liminar de busca e apreensão do bem dado em garantia em contrato de alienação fiduciária. O pedido liminar havia sido negado pelas instâncias inferiores sob o fundamento de que sobre o caso *sub judice* incidiria a teoria do adimplemento substancial.

Em sede de Agravo em Recurso Especial (nº. 808.701/MG), o então relator, Ministro Marco Buzzi, também reconheceu a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial sobre o caso concreto<sup>50</sup> e, por consequência, negou provimento ao respectivo Agravo.

O Banco Volkswagen S/A em face da decisão monocrática desfavorável interpôs Agravo Regimental, a fim de que o reclamo fosse julgado de forma colegiada. A seguir serão analisados objetivamente os votos dos Ministros que compuseram a respectiva sessão de julgamento.

O relator, Ministro Marco Buzzi, julgou pelo parcial provimento do recurso, apenas para facultar ao Banco Recorrente que emendasse o petitório inicial de modo que a ação pudesse prosseguir de forma menos gravosa ao devedor recorrido. Contudo, manteve hígido seu entendimento pela aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, fundamentando sua decisão com base nos artigos 4º e 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, e no artigo 422 do Código Civil relativos aos princípios da boa-fé, da necessidade de preservação dos contratos e da função social dos contratos respectivamente. O Relator faz menção, por fim, ao Enunciado 361 das Jornadas de Direito Civil da Justiça Federal<sup>51</sup>, concluindo que a busca e apreensão seria medida desproporcional considerando o adimplemento substancial do devedor.

O Ministro Marco Bellizze foi o responsável pela abertura de divergência ao declarar que a teoria do adimplemento substancial não poderia ser invocada nos casos em que se verifica a existência de contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, isso porque, segundo o Ministro: (i) tal teoria seria incompatível com a lei especial da alienação fiduciária; (ii) há precedentes do STJ que autorizam o ajuizamento da ação de busca e apreensão para compelir o devedor fiduciante ao adimplemento

---

<sup>50</sup> O consumidor havia adimplido 44 (quarente e quatro) de um universo de 48 (quarenta e oito) prestações do contrato de alienação fiduciária, em números percentuais o consumidor havia adimplido cerca de 91,66% do contrato.

<sup>51</sup> Enunciado nº. 361: “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.” (Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.)

integral da dívida pendente; e que (iii) a ação de busca e apreensão não tem por objetivo a resolução contratual (como veda a teoria do adimplemento substancial), e sim o cumprimento forçado do contrato de alienação fiduciária.

Seguindo a divergência, o Ministro Antônio Carlos Ferreira e as Ministras Nancy Andrighi, Maria Isabel Gallotti também decidiram pela inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial.

O Ministro Antonio Carlos Ferreira considerou, dentre outras coisas, que o percentual de 8% de inadimplemento possuía relevância do ponto de vista financeiro, embora tenha argumentado que a substancialidade do adimplemento não deve levar em conta tão somente o critério quantitativo. Segue o Ministro aduzindo que a teoria do adimplemento substancial aplicada ao caso em análise teria o condão de inverter a ordem lógica-jurídica que prega o integral e regular cumprimento do contrato para que a obrigação seja regularmente extinta.

Por fim, o Ministro suscita a tese firmada através do RESP Repetitivo nº. 1.418.591/MS de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, através da qual se decidiu que nas ações de busca e apreensão deve o devedor efetuar o pagamento integral da dívida, não havendo para tanto qualquer ponderação quanto a um possível cumprimento substancial do contrato.

A Ministra Nancy Andrighi, embora tenha acompanhado a divergência, explorou em seu voto apenas a questão acerca da possibilidade de ajuizamento e processamento da ação de busca e apreensão. Segundo a Ministra, negar prosseguimento à ação de busca e apreensão seria no caso concreto impedir o acesso ao Poder Judiciário, fato que consistiria em uma afronta a uma garantia constitucionalmente assegurada.

Por fim, a Ministra Maria Isabel Gallotti, reforça em seu voto o entendimento do próprio STJ, recuperando julgados em que ficou decidido que a teoria do adimplemento substancial somente poderia ser aplicada nos casos em que a parcela remanescente fosse tão pequena que dela não pudesse o credor extrair utilidade.

Seguindo a mesma argumentação do Ministro Marco Bellizze, a Ministra afirma que a ação de busca e apreensão visa tão somente o cumprimento das cláusulas contratuais que outorgam ao credor a propriedade fiduciária do bem, não se tratando, portanto, de uma rescisão contratual.

A Ministra cita ainda que o critério subjetivo de aferição do valor a ser considerado substancialmente adimplido, empregado pelos julgadores das instâncias

precedentes não é matéria que possa ser discutida pela Corte Superior, conforme fixado pela Súmula 7 do STJ.

A 2ª Seção, ao final do julgamento, por maioria, deu provimento ao RESP 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 a origem e o prosseguimento do feito tal como proposto.

Embora se reconheça o vasto e enriquecedor debate doutrinário que circunda a questão acerca da (in)aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia, não se pretende no presente artigo tratar sobre todos os argumentos favoráveis<sup>52</sup> e contrários à aplicabilidade de tal teoria, mas tão somente sobre aqueles utilizados pelos Ministros do STJ, no julgamento do RESP 1.622.555/MG, que se relacionam com a análise econômica do direito.

#### 5.1. A ANÁLISE ECONÔMICA REALIZADA NO JULGAMENTO DO RESP 1.622.555/MG

Nos termos da análise apresentada no tópico anterior, no julgamento do RESP 1.622.555/MG o Ministro Relator Marco Buzzi votou pela aplicação da teoria do adimplemento substancial no caso em comento. O Ministro Marco Bellizze, a seu turno, abriu divergência entendendo pela inaplicabilidade de tal teoria nos contratos de alienação fiduciária em garantia. Os demais Ministros seguiram a divergência, saindo, portanto, vencedor o voto do Ministro Marco Bellizze.

Os fios condutores dos votos de cada um dos Ministros no julgamento do RESP 1.622.555/MG foram apresentados no tópico anterior. Reservou-se, entretanto, para este momento destacar os pontos em que os Ministros se propuseram a desenvolver uma análise econômica acerca da questão debatida.

O Ministro Marco Bellizze considerou a hipótese em que se autoriza a aplicação do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária, e nesse sentido, realizou uma breve análise acerca das consequências. O Ministro assevera que a aplicação

---

<sup>52</sup> Sob uma perspectiva consumerista, a defesa da aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária se funda na continuidade contratual, para o fim de impedir que em relação ao consumidor - parte mais fraca da relação contratual - seja aplicada medida desproporcional e lesiva. (Rocha, Amélia Soares da; JeReissati, Régis Gurgel do Amaral. **O adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária em relação de consumo e a (im)possibilidade de ação de busca e apreensão**. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 104. ano 25. p. 445-470. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.)

da referida teoria nos contratos de alienação fiduciária em garantia desencadearia uma sequência de eventos que em última instância prejudicariam o consumidor adimplente.

Explica-se: reconhecida a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia, o risco de inadimplemento se elevaria; o instituto da alienação fiduciária em garantia, por sua vez, sofreria um “inarredável enfraquecimento”; e naturalmente as instituições financeiras realizariam a sensível majoração dos juros cobrados nos contratos dessa espécie. Ou seja, os riscos assumidos pelas instituições financeiras seriam, ao final, repassados na forma de juros ao consumidor no momento de nova contratação. Por fim, afirma o Ministro 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”.<sup>53</sup>

O Ministro Antônio Carlos Ferreira, afirma em seu voto que considera que o contrato de alienação fiduciária em garantia “facilita o acesso ao crédito por permitir a concessão de empréstimo às pessoas que nem sequer possuem bens para a garantia do contrato”,<sup>54</sup> isso porque tal contrato assegura mecanismos (busca e apreensão) para a retomada do bem financiado e uma recuperação rápida do crédito.

Conclui, nesse contexto, em argumentação semelhante a do Ministro Marco Bellizze, que a longo prazo, se admitida a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia, os “efeitos colaterais podem encarecer os custos da contratação, socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos”.<sup>55</sup>

Por fim, a Ministra Maria Isabel Gallotti aduz que o instituto da alienação fiduciária é importante considerando que o credor tem a certeza de que, diante da inadimplência do devedor, o bem dado em garantia será reintegrado, alienado, e do valor obtido com a venda será paga a dívida. Nas palavras da Ministra o instituto da alienação fiduciária “veio no sentido de fortalecer o crédito em prol dos consumidores e do sistema financeiro nacional”<sup>56</sup>, e a incidência da teoria do adimplemento substancial sobre tal

---

<sup>53</sup> BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.622.555/MG (2015/0279732-8)**. Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 22/02/2017. DJ: 16/12/2015.

<sup>54</sup> BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.622.555/MG (2015/0279732-8)**. Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 22/02/2017. DJ: 16/12/2015.

<sup>55</sup> BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.622.555/MG (2015/0279732-8)**. Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 22/02/2017. DJ: 16/12/2015.

<sup>56</sup> BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.622.555/MG (2015/0279732-8)**. Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 22/02/2017. DJ: 16/12/2015.

instituto serviria apenas para o enfraquecimento da garantia livremente pactuada entre as partes e o conseqüente encarecimento do crédito.

A Ministra Nancy Andrighi, como mencionado, além seus argumentos sobre a inconstitucionalidade de se impedir que o credor fiduciário persiga seu crédito através do ajuizamento da ação de busca e apreensão, não realizando, portanto, qualquer análise econômica do feito.

Observa-se que os Ministros Marco Bellizze, Antônio Carlos Ferreira e Maria Isabel Gallotti caminham exatamente na mesma direção no que diz respeito as considerações realizadas acerca da AED. Os três Ministros sustentam que caso se reconheça pela aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia, (1) os casos de inadimplemento aumentariam - considerando que o credor fiduciário não poderia se socorrer ao ajuizamento da ação de busca e apreensão do bem dado em garantia para satisfação de seu crédito, devendo, portanto, fazer uso das vias judiciais ordinárias para cobrança da dívida; (2) os riscos para concessão de crédito levariam ao enfraquecimento do instituto e elevariam seus custos de operabilidade, ou seja, acarretariam no aumento das tarifas, juros, multas, ou seja, um encarecimento como um todo para obtenção das linhas de crédito fornecidas pelas instituições financeiras; (3) ao fim e ao cabo, os verdadeiros prejudicados seriam os consumidores adimplentes que teriam que arcar com custos mais elevados para concessão de crédito na celebração dos contratos de alienação fiduciária em garantia; (4) sob uma perspectiva macro, haveria um prejuízo à ordem econômica em âmbito nacional.

## **6. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (EAD) - CONCEITOS E APLICABILIDADE**

Serão empregados para análise do acórdão do RESP 1.622.555/MG, conforme proposta deste artigo, determinados conceitos chaves para Análise Econômica do Direito<sup>57</sup>, são eles: custos de transação, risco moral, curva de demanda, escolha racional, informação assimétrica e seleção adversa. Primeiro, os conceitos serão individualmente caracterizados, na seqüência aplicados para análise do acórdão do RESP 1.622.555/MG.

---

<sup>57</sup> A Análise Econômica enquanto disciplina autônoma pode ser definida como “uma corrente acadêmica de juristas e economistas que procura analisar o fenômeno jurídico sob uma ótica comum” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 83)

Os custos de transação<sup>58</sup>, no âmbito econômico, são definidos como todos os custos compreendidos para concretização de uma troca comercial, os quais influenciam diretamente no sistema de preços dos bens e serviços ofertados.

Arnaldo Castelar Pinheiro e Jairo Saggi explicam que Ronald Coase ao definir os custos de transação apontou cinco atividades que determinam a existência dos custos para concretização de uma troca comercial. Para este estudo interessa exclusivamente os custos relacionados às atividades que buscam verificar se haverá a correta aplicação do contrato, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar o controle de direitos de propriedade que tenham sido parciais ou totalmente expropriados.<sup>59</sup>

Quanto a atividade acima descrita, se a correta aplicação do contrato ou a indenização por prejuízos depender de decisão judicial, por exemplo, ela se caracterizará como um fator externo de alteração dos custos de transação.

Além disso, há de se considerar a incapacidade humana de se alcançar todas as circunstâncias que envolvem a concretização de uma troca comercial, fato que por si só provoca o aumento dos custos de transação.<sup>60</sup>

O ponto chave acerca dos custos de transação consiste em compreender que se há um aumento desses custos, e sendo possível internalizá-los, conseqüentemente haverá o aumento dos preços em que esses produtos e serviços são oferecidos no mercado.<sup>61</sup>

O próximo conceito diz respeito ao risco moral, que consiste em uma falha de mercado, que envolve situação em que um dos agentes envolvidos na relação contratual, fazendo uso de informação privilegiada, tira proveito dela em prejuízo do outro agente.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> Conceito desenvolvido por Ronald Coase (COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. Journal of Law and Economics, Vol. 3, Out., 1960. Disponível em <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/291-657-1-pb.pdf>>. Acesso em 25 de fev. de 2021.)

<sup>59</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SAGGI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 62.

<sup>60</sup> LIMA, Isabel Arruda Matheos de. **O PAPEL DESEMPENHADO PELAS INSTITUIÇÕES NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES PARA A BUSCA DE EFICIÊNCIA NA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA**. Revista Acadêmica - Faculdade de Direito de Recife, Vol. 83, 2011. ISSN: 1980-3087. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/291/256>>. Acesso: 25 de fev. de 2021.

<sup>61</sup> PONTES, Ted Luiz Rocha; CAMINHA, Uinie. **UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DOS BENS IMÓVEIS**. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.221-248 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/20241#:~:text=Verificou%2Dse%20a%20exist%C3%Aancia%20de,a%20execu%C3%A7%C3%A3o%20da%20garantia%20hipotec%C3%A1ria%2C>>. Acesso em: 25 mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p221

<sup>62</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 123

Nesses casos, um dos agentes esconde informação privilegiada em situação pré-contratual, e no momento seguinte a contratação faz uso dessa informação em prejuízo do outro agente. Tal comportamento faz com que o agente que será efetivamente prejudicado não tenha consciência que está celebrando um negócio de alto risco.<sup>63</sup>

Prosseguindo com a definição conceitual, tem-se a curva da demanda, que consiste na demonstração gráfica que estabelece a relação existente entre o preço de negociação e o interesse existente na aquisição do bem ou serviço ofertado. Nesse caso, o preço de negociação e o interesse de aquisição de bem ou serviço, são “grandezas” que se relacionam de forma inversamente proporcional, ou seja, quanto menor o preço de oferta de um bem ou serviço, maior será e o interesse existente na aquisição.<sup>64</sup>

Diretamente relacionado à curva da demanda, há o denominado modelo de escolha racional, o qual permite que os comportamentos humanos sejam generalizados e suas condutas possam ser previsíveis, isso porque se reconhece nos indivíduos a tendência de escolher sempre a opção que lhe ofereça maior satisfação.<sup>65</sup> A AED adota a escolha racional dos indivíduos, que sempre agem na intenção de maximizar seus interesses, como um dos pressupostos desse campo de estudo.<sup>66</sup>

A informação assimétrica, por sua vez, se verifica nas situações em que ao menos um dos agentes não possui informações suficientes em relação ao agente que se encontra no polo oposto da relação, fator que, semelhante ao risco moral, impede uma análise eficiente do risco existente na celebração do negócio. Nesses casos, quanto maior a assimetria de informação, mais altos os custos de transação.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> COLAÇO, Hian Silva; SAMPAIO, Carolina Vasques. **DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NO MERCADO DE CRÉDITOS: ANÁLISE ECONÔMICA DO CADASTRO POSITIVO DE DADOS NO RESP 1419697/RS**. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 158 - 177, jul/dez. 2016. e-ISSN: 2526-0049. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/1493>>. Acesso em: 25 mar. 2021. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2016.v2i2.1493>

<sup>64</sup> MACKAAY, Ejan; et al. **Análise econômica do direito**; Ejan – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 97.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>66</sup> ANDRIGHETTO, Aline. **Análise econômica do direito e algumas contribuições**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 4, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6131#:~:text=A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20Direito,sua%20relev%C3%A2ncia%20para%20a%20regula%C3%A7%C3%A3o.>>>. Acesso em: 25 mar. 2021. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.04.001.AO04

<sup>67</sup> COLAÇO, Hian Silva; SAMPAIO, Carolina Vasques. **DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NO MERCADO DE CRÉDITOS: ANÁLISE ECONÔMICA DO CADASTRO POSITIVO DE DADOS NO RESP 1419697/RS**. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 158 - 177, jul/dez. 2016. e-ISSN: 2526-0049. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/1493>>. Acesso em: 25 mar. 2021. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2016.v2i2.1493>

Por fim, a seleção adversa, é caracterizada na economia como um comportamento oportunista pré-contratual, através do qual “os bons pagadores arcam com os altos encargos na concessão de crédito em razão da impossibilidade de diferenciá-los dos maus”.<sup>68</sup> Em outras palavras significa dizer que os bons pagadores também suportarão os riscos provocados pela inadimplência dos maus pagadores.

Feitas as conceituações necessárias, serão agora aplicados os conceitos econômicos para AED do acórdão do RESP 1.522.666/MG.

Recupera-se, primeiro, que os tópicos iniciais do presente artigo serviram para o estudo dos contratos de alienação fiduciária em garantia, o qual se dedicou à análise do instituto desde sua celebração até o seu descumprimento.

Conforme esclarecido, o instituto da alienação fiduciária estabelece que o devedor fiduciante transferirá ao credor fiduciário direito real de propriedade do bem alienado fiduciariamente à título de garantia - propriedade fiduciária. Ou seja, o bem oferecido em garantia está diretamente vinculado à satisfação da obrigação.

Entende-se, nesse sentido, que a intenção do credor fiduciário é garantir uma redução drástica das chances de que o contrato não seja cumprido,<sup>69</sup> e nesse sentido é estabelecido em seu favor direito real de propriedade sobre bem dado em garantia, para que este responda inabalavelmente para a satisfação da dívida.

Outro risco que também é reduzido em razão do direito real de propriedade estabelecido nos contratos de alienação fiduciária, diz respeito ao já conceituado risco moral. Afirma-se isso porque considerando a hipótese em que não se estabelece a propriedade fiduciária em garantia em favor do credor, poderia muito bem o devedor fiduciante propositalmente se furtar de promover os pagamentos dos valores devidos, considerando, por exemplo, a ausência de quaisquer outros bens disponíveis que pudessem satisfazer a dívida inadimplida.

Considerando o exposto, quanto menor o número de riscos que o contratado assume na celebração de um contrato, menores serão os seus custos de transação, o que

---

<sup>68</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> Mesmo que se verifique a mora por parte do devedor fiduciante e o ajuizamento de ação para busca e apreensão do bem dado em garantia, vale lembrar que tal instituto processual, ainda assim, tem por objetivo o cumprimento da relação contratual. Nas palavras do Ministro Marco Bellizze: “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.” (BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.622.555/MG (2015/0279732-8)**. Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 22/02/2017. DJ: 16/12/2015.)

também reduz, por consequência, o valor do produto ou serviço final que será repassado ao consumidor. Possível compreender, portanto, como os contratos de alienação fiduciária são capazes de oferecer aos seus contrantes condições melhores para obtenção de linhas de crédito.

Justifica-se, desse modo, a afirmação feita pelos Ministros vencedores no julgamento do RESP 1.622.555/MG:<sup>70</sup>

**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. (grifo acrescentado)

Nesse sentido, verifica-se que o instituto contratual, sob a perspectiva econômica, serve como mecanismo essencial para o combate ao oportunismo e a prática de atos que interfiram na regular concretização das pretensões inicialmente pactuadas por seus agentes.<sup>71</sup>

Outro fator importante para compreender o sucesso do instituto da alienação fiduciária em garantia diz respeito a lógica existente entre o preço do bem ou serviço ofertado e o interesse dos consumidores em adquiri-lo, ou seja, a “Curva de Demanda”, que se relaciona diretamente com o fato dos indivíduos sempre optarem por aquilo que lhe ofereça maior satisfação.

Conforme demonstrado, a propriedade fiduciária aumenta a garantia de que o contrato seja adimplido pelo devedor fiduciante, essa segurança faz com que os custos de transação sejam reduzidos o que provoca, por fim, a oferta de linhas de crédito em melhores condições.

A Curva da Demanda permite afirmar, portanto, que a oferta de linhas de crédito em melhor condições aumenta a intenção dos consumidores em contratá-la.

Seguindo a linha de raciocínio proposta pelos Ministros Marco Bellizze, Antônio Carlos Ferreira e Maria Isabel Gallotti no julgamento do RESP 1.622.555/MG, a teoria do adimplemento substancial quando aplicada aos contratos de alienação fiduciária em garantia, sob a perspectiva econômica, restaria por prejudicar o consumidor adimplente. Sustentam os Ministros, em acordo, que o direito do credor fiduciário de apreender e

---

<sup>70</sup> BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.622.555/MG (2015/0279732-8)**. Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 22/02/2017. DJ: 16/12/2015.

<sup>71</sup> MACKAAY, Ejan; et al. **Análise econômica do direito**; Ejan – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 422.

alienar o bem dado em garantia para satisfação de seu crédito não deve ser condicionado ao adimplemento de determinado percentual por parte do devedor fiduciante.

Quando os Ministros afirmam que a aplicação da teoria do adimplemento substancial sobre os contratos de alienação fiduciária em garantia aumentaria os casos de mora contratual pelo devedor, eles estão a dizer que os consumidores escolherão se utilizar de informações assimétricas, as quais elevarão o risco moral da celebração do contrato. Explica-se o porquê.

Em primeiro lugar, vale recuperar que os contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, quando tratam sobre o descumprimento contratual, se apoiam nas disposições previstas em legislação especial (Lei nº. 4.728/1965 e o Decreto-Lei nº. 911/1969), a qual confere de forma expressa ao credor o direito de se assumir na propriedade definitiva de bem dado em garantia e aliená-lo, caso o devedor inadimplente não efetue o pagamento integral de dívida no prazo de 5 dias após a apreensão do bem.

Agora, se considerada uma situação na qual o consumidor, previamente à celebração do contrato de alienação fiduciária, e a despeito dos dispositivos contratuais amparadores na legislação especial, possui a informação de que, após efetuado o pagamento de parte substancial do contrato, o bem dado em garantia não poderá mais ser apreendido e alienado através do procedimento estabelecido pelo Decreto-Lei nº. 911/1969), se verifica uma clara assimetria nas informações trocadas entre contratante e contratado.

O prejuízo, entretanto, ocorrerá de fato quando o consumidor, após a celebração do contrato, opta por deixar de efetuar o pagamento das prestações quando verifica que as parcelas já foram adimplidas de forma substancial, considerando a informação privilegiada de que o direito do credor fiduciário de apreender o bem, nessa hipótese, é cerceado pela incidência da teoria do adimplemento substancial - considera-se, portanto, que o risco moral que antes era reduzido pela presença da garantia da propriedade fiduciária, aumenta em níveis temerários quando é retirada sua finalidade, de modo a enfraquecer o instituto -.

Nesse contexto, como é possível afirmar que haverá o enfraquecimento do instituto da alienação fiduciária em garantia caso sobre ela passe a incidir a teoria do adimplemento substancial? Dentro da Economia, parte-se da premissa que todas as instituições apresentam uma proposta vantajosa para seus interessados.

Especificamente sobre os contratos de alienação fiduciária em garantia, de um lado há a Instituição Financeira (credor fiduciário), que se utilizará do contrato para

concessão de crédito ao Consumidor (devedor fiduciante) obtendo margens de lucro através da cobrança de juros e taxas sobre o valor do crédito concedido.

Além disso, a Instituição Financeira vê vantagem na concessão de crédito por intermédio dos contratos de alienação fiduciária, pois o valor correspondente ao crédito concedido e a margem de lucro obtida consistem em contraprestações que nos casos de mora se darão em um curto período - como assegura o procedimento de busca e apreensão do bem dado em garantia.

O Consumidor, por sua vez, adquire linha de crédito em condições mais favoráveis e, no cenário brasileiro em específico, como já mencionado, faz uso deste para aquisição do bem que posteriormente será alienado fiduciariamente ao credor à título de garantia.

Retirar a capacidade do credor de valer-se do instituto processual da busca e apreensão para satisfação de seu crédito, a depender da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento por parte de devedor, provoca modificações ao instituto. Nem sempre, contudo, os agentes prejudicados com as modificações feitas nos institutos consideram como válidos os esforços e custos para internalizar o processo de adaptação.<sup>72</sup>

É, portanto, nesse sentido que o instituto da alienação fiduciária será enfraquecido: mudanças em relação as quais o agente prejudicado - Instituição Financeira - não possui o interesse em empreender esforços e recursos para se adaptar.

Noutro passo, decidindo a Instituição Financeira se adaptar às mudanças impostas, os custos de transação deverão também ser repensados, e internalizados, a fim de que a instituição continue cumprindo com seu propósito inicial de ser vantajosa economicamente a ambos os agentes envolvidos. Tal medida se justifica considerando as implicações decorrentes da incidência da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária - risco moral, informações assimétricas.

Verifica-se, então, a prática da seleção adversa pelo credor fiduciário. São adotadas medidas que visam mitigar os riscos que podem advir de possíveis acidentes de percurso na execução do contrato, como por exemplo o aumento das taxas de juros e multas incidentes sobre o financiamento.<sup>73</sup> Além disso, caberá ao agente prejudicado, no

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 85

<sup>73</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil – Contrato em espécie**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 242.

intento de prevenir os prejuízos, agir racionalmente e adotar medidas que tenham custos inferiores aos custos que seriam efetivamente provocados por eventuais prejuízos.<sup>74</sup>

Nesse sentido, Luciano Benetti Timm e Tatiana Duck afirmam que os contratos de alienação fiduciária consistem em uma cadeia de contratos, pois ligam-se uns aos outros finalisticamente de forma a garantir a viabilidade econômica do sistema.<sup>75</sup>

Neste último ponto, demonstra-se, por fim, como o Ministros vencedores no julgamento do RESP 1.622.555-MG concluem que se realizada mudança no procedimento definido pelo legislador para forçar o devedor fiduciário a cumprir com as prestações fixadas em contrato, os custos de transação aumentarão provocando um encarecimento dos valores repassados aos consumidores em contratações futuras.

## 6. CONCLUSÃO

A Análise Econômica do Direito realizada pelos Ministros Marco Bellizze, Antônio Carlos Ferreira e Maria Isabel Gallotti, no julgamento do REP 1.622.555/MG, claramente foi utilizado como fundamento que contribuiu com a *ratio decidendi* pela inaplicabilidade a teoria do adimplemento substancial no contrato de alienação fiduciária em garantia em comento.<sup>76</sup>

No tópico que se dedicou ao cotejo analítico dos trechos dos respectivos votos em que se realizou a AED, é possível verificar que os Ministros traçam o mesmo raciocínio e chegam, em suma, a mesma conclusão: a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária enfraqueceria o instituto e tornariam as futuras concessões de crédito mais caras aos futuros consumidores.

Embora haja lógica na linha construída pelos Ministros ao realizar a AED da questão, não há referência expressa aos conceitos econômicos que basearam o raciocínio desenvolvido, um dos pilares sobre o qual se funda a campo de estudo da AED.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> MACKAAY, Ejan; et al. **Análise econômica do direito**; Ejan – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 423.

<sup>75</sup> TIMM, L., & DRUCK, T. **A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA EM UMA PERSPECTIVA DE DIREITO E ECONOMIA**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007, p. 24-25. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/8r96775p>. Acesso em: 26 de mar. de 2021

<sup>76</sup> Verifica-se, de todo modo, a partir da análise dos votos vencedores, que a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial é entendimento adotado pela Corte Superior que se estende à todos os contratos de alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

<sup>77</sup> Reitera-se que os fundamentos puramente jurídicos utilizados pelo Ministros não são o foco do presente trabalho, embora se reconheça o amplo debate em razão da divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

Outrossim, com o presente estudo, foi possível verificar, em relação à cada uma das inferências realizadas pelos Ministros na AED proposta no julgamento em análise, o correspondente conceito econômico capaz de respaldá-las. Nesse sentido, a *ratio decidendi* presente no julgamento do RESP 1.622.555/MG, no tocante à AED, não consiste em meras deduções ou consequencialismo esvaziado, há por traz do raciocínio desenvolvidos pelos Ministros a conjugação de normas jurídicas e conceitos econômicos, que ao final previram efeitos perversos caso fosse permitido que a teoria do adimplemento substancial promovesse mudanças no instituto da alienação fiduciária.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> MACKAAY, Ejan; et al. **Análise econômica do direito**; Ejan – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 666.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

\_\_\_\_\_. **Código de Defesa do Consumidor de 1990.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2021.)

\_\_\_\_\_. **Lei do Mercado de Capitais, de 14 de julho de 1965 de 1965.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14728.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm)>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 10.931, de 2 de agosto de 2004.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 13.043, de 13 de novembro de 2014.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113043.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113043.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. Cjf/STJ. Enunciado nº. 361. Liberdade, Contratação, Limitação, Princípio, Probidade. **Conselho da Justiça Federal.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

\_\_\_\_\_. STJ. **Recurso Especial nº 76.362/MT (1995/0050635-1).** Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996.

\_\_\_\_\_. STJ. **Recurso Especial nº 1.622.555/MG (2015/0279732-8).** Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 22/02/2017. DJ: 16/12/2015.

\_\_\_\_\_. STJ, **Agravo Regimental nº 607.406/RS (2004/0067492-0)**. Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 09/11/2004. DJ: 29/11/2004.

\_\_\_\_\_. STJ. **Recurso Especial nº 1.418.593/MS (2013/0381036-4)**. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 14/05/2014, DJ: 27/05/2014.

\_\_\_\_\_. STJ. Súmula nº 72. A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. In: julgado em 14/04/1993, DJ 20/04/1993, p. 6769.

\_\_\_\_\_. TJRS. **Apelação Cível 588012666**, 5ª CCTJ/RS, Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/04/88.

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

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Vol. 3, Out., 1960, p. 23. Disponível em < <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/291-657-1-pb.pdf>>. Acesso em 22 de fev .de 2021.

COLAÇO, Hian Silva; SAMPAIO, Carolina Vasques. **DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NO MERCADO DE CRÉDITOS: ANÁLISE ECONÔMICA DO CADASTRO POSITIVO DE DADOS NO RESP 1419697/RS**. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 158 - 177, jul/dez. 2016. e-ISSN: 2526-0049. Disponível em: < <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/1493>>. Acesso em: 25 mar. 2021. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2016.v2i2.1493>

COUTO E SILVA, Clóvis do. **O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português**, in "Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

DE FRADERA, Vera Jacob. Contribuição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior: o magistrado (parte 1). **Conjur**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-09/direito-civil-atual-contribuicao-ruy-rosado-aguiar-junior-magistrado>>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro. 4º vol.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDM, Nelson. **Curso de Direito Civil: volume 5: reais.** 14.ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Isabel Arruda Matheos de. **O PAPEL DESEMPENHADO PELAS INSTITUIÇÕES NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES PARA A BUSCA DE EFICIÊNCIA NA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA.** Revista Acadêmica - Faculdade de Direito de Recife, Vol. 83, 2011. ISSN: 1980-3087. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/291/256>>. Acesso: 25 de fev. de 2021.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito;** Ejan – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito das Coisas.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2003.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; BÜRGER, Marcelo. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. *Civilistica.com* - **Revista**

**Eletrônica de Direito Civil**, v. 2, p. a. 6. n. 2. 20-27, 2017, p. 09. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Ruzyk-e-B%C3%BCrger-civilistica.com-a.6.n.2.2017-2.pdf>>. Acesso em: 14 de fev. de 2021.

POHLMANN, Marcelo Coletto; et al. Impacto da especificidade de ativos nos custos de transação, na estrutura de capital e no valor da empresa. **Revista Contabilidade & Finanças**, São Paulo, 2004.

PONTES, Ted Luiz Rocha; CAMINHA, Uinie. **UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DOS BENS IMÓVEIS**. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p.221-248 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/20241#:~:text=Verificou%2Dse%20a%20exist%C3%A2ncia%20de,a%20execu%C3%A7%C3%A3o%20da%20garantia%20hipotec%C3%A1ria%2C>>. Acesso em: 25 mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p221

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PORTO, Antônio Maristello. GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

PINHEIRO, Armando; Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RESTIFFER NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**. 2º ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1976.

ROCHA, Amélia Soares da; JeReissati, Régis Gurgel do Amaral. **O adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária em relação de consumo e a (im)possibilidade de ação de busca e apreensão**. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 104. ano 25. p. 445-470. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial**. Direito contratual - temas atuais. Coord.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008.

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

TIMM, L., & DRUCK, T. (2007). **A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA EM UMA PERSPECTIVA DE DIREITO E ECONOMIA**. *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*, p. 24-25. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/8r96775p>.

\_\_\_\_\_; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: volume 4: direito das coisas**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Contrato em espécie**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2010.