



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O prazo para a purga da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis em face dos princípios contratuais

Karla da Silva Barroso

Rio de Janeiro
2010

KARLA DA SILVA BARROSO

O prazo para a purga da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis em face dos princípios contratuais

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal.

Rio de Janeiro
2010

O PRAZO PARA A PURGA DA MORA NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Karla da Silva Barroso

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A relevância econômica, jurídica e social dos contratos de alienação fiduciária de bens móveis, que têm por fim contribuir para a distribuição de riquezas no meio social, justifica o objetivo do presente trabalho, que é discutir o prazo para a realização da purga da mora, de modo a preservar o vínculo contratual. Assim, após breves considerações sobre o instituto da alienação fiduciária, será defendida a possibilidade de purgação da mora por parte do devedor sempre que a prestação devida for útil ao credor, independentemente de prazo, com fundamento nos princípios norteadores das relações contratuais.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária, Mora, Contratos, Princípios.

Sumário: Introdução. 1. Breves considerações sobre o instituto da alienação fiduciária de bens móveis. 2. A purga da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis. 3. A importância da aplicação dos princípios norteadores das relações contratuais. 4. O prazo para a purga da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis em face dos princípios contratuais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho disserta sobre o prazo para a purga da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis em face do princípio da conservação dos contatos, haja

vista a existência de algumas controvérsias sobre o tema surgidas com o advento da Lei nº 10.931/04, que alterou alguns dispositivos do Decreto-Lei nº 911/69, diploma legal regulador do instituto da alienação fiduciária em garantia de bens móveis. Apesar de já se encontrar praticamente pacificado o entendimento quanto à possibilidade de se utilizar o instituto da purga da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis a fim de permitir que o devedor em atraso no cumprimento de sua obrigação possa contornar tal situação, ainda existe muita discussão quanto ao prazo para o seu exercício. Por isso, este trabalho destina-se a analisar se o prazo de 5 dias previsto no art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69 é preclusivo ou se deve ser considerado em cada caso concreto, à luz dos princípios contratuais.

Em um primeiro momento, será apresentada a questão quanto à possibilidade de o devedor nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis purgar a mora, haja vista as alterações trazidas pela Lei nº 10.931/04 na redação do Decreto-Lei nº 911/69 e o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto. Em um segundo momento, este trabalho analisará a importância de se aplicar os princípios que regem as relações contratuais no trato dos contratos de alienação fiduciária, notadamente os princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da conservação do vínculo contratual. Por fim, será discutido o prazo que o devedor fiduciário dispõe para exercer seu direito de purga da mora, em atenção aos princípios que norteiam as relações contratuais.

O objetivo central deste estudo é verificar qual o prazo que o devedor, nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis, dispõe para exercer seu direito de purgar a mora. Visa-se a analisar se esse prazo, caso existente, é preclusivo ou se pode ser ponderado no caso concreto, em atenção aos princípios norteadores dos vínculos contratuais.

A escolha do tema da presente pesquisa levou em consideração a importância econômica, jurídica e social dos contratos de alienação fiduciária, que têm, de um lado, a finalidade de atender o interesse do consumidor, devedor fiduciante, de adquirir um bem

mediante o pagamento parcelado do preço e, com isso, contribuir para a distribuição dos recursos financeiros disponíveis no mercado e, de outro lado, o objetivo de garantir o interesse do credor fiduciário de receber seu crédito, uma vez que o fim de sua atividade econômica é o próprio crédito e não a comercialização do bem objeto do contrato. Assim, discutir o prazo para a realização da purga da mora de modo a preservar o vínculo contratual nessa espécie de contrato é de suma importância, principalmente quando a realidade demonstra o elevado índice de inadimplência de devedores fiduciantes e o grande número de ações de busca e apreensão ajuizadas pelo credor fiduciário, objetivando a resolução do contrato e a retomada do bem objeto do contrato.

Para alcançar o fim almejado por esse estudo, serão analisadas as discussões doutrinárias a respeito do tema e o posicionamento da jurisprudência dos principais Tribunais de Justiça do país. A pesquisa será realizada pelo procedimento qualitativo do tipo descritivo e parcialmente exploratório.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS

O instituto da alienação fiduciária ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com o art. 66 da Lei nº 4.728/65, que, regulamentando o Mercado de Capitais, criou a garantia fiduciária como forma de suprir as deficiências das garantias então existentes, incidentes sobre os bens móveis, como o penhor e a reserva de domínio, que estavam perdendo em eficiência. Posteriormente, a redação do art. 66 da Lei nº 4.728/65 foi alterada pelo Decreto-Lei nº 911/69, que veio estabelecer as normas de processo sobre alienação fiduciária.

Como o advento do Código Civil de 2002, a propriedade fiduciária de bens móveis foi regulamentada nos artigos 1.361 a 1.368 do Código, ficando revogado o disposto no art. 66 da Lei n° 4.728/65, permanecendo em vigor, entretanto, as normas processuais previstas no Decreto-Lei n° 911/69.

O contrato de alienação fiduciária de bens móveis é o negócio jurídico por meio do qual o devedor, chamado de fiduciante, aliena ao credor, chamado de fiduciário, para fins de garantia de outro negócio jurídico, a propriedade resolúvel de um bem móvel, isso porque, uma vez cumprida a obrigação garantida, a propriedade do credor se resolve, retornando o bem ao patrimônio do devedor.

Trata-se de um negócio jurídico acessório, uma vez que tem por fim assegurar o cumprimento de uma obrigação oriunda de um negócio jurídico, dito principal, que, na maioria das vezes, envolve operação de disponibilidade de crédito por meio de financiamento.

A constituição da propriedade fiduciária acarreta o desdobramento da posse do bem, uma vez que o devedor fiduciante permanecerá com a posse direta do bem, enquanto que o credor fiduciário ficará com a posse indireta do bem. O que justifica a posse direta do bem por parte do devedor fiduciante é o adimplemento das prestações referentes ao contrato de financiamento, o qual é garantido pelo contrato de alienação fiduciária. Assim, diante da mora do devedor, abre-se ao credor fiduciário a possibilidade de recuperar a posse do bem por meio de ação de busca e apreensão, cujo procedimento é regulado pelo Decreto-Lei n° 911/69.

A mora do devedor fiduciante é *ex re*, pois se verifica independentemente de notificação por parte do credor fiduciário, conforme dispõe o art. 397, *caput*, do Código Civil. No entanto, essa mora *ex re*, para possibilitar o deferimento de liminar de busca e apreensão, precisa ser comprovada, conforme prescreve o art. 2°, § 2° e art. 3° do Decreto-Lei n° 911/69 e também conforme o disposto na Súmula n° 72 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe

sobre a imprescindibilidade da comprovação da mora para a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

De acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro firmado na sua Súmula nº 55: “Na ação de busca e apreensão, fundada em alienação fiduciária, basta a carta dirigida ao devedor com aviso de recebimento entregue no endereço constante do contrato, para comprovar a mora, e justificar a concessão de liminar.”.

Trata-se da aplicação da Teoria da Expedição, segundo a qual a mora do devedor é comprovada pela simples remessa da notificação extrajudicial no endereço fornecido pelo próprio devedor por ocasião da celebração do contrato, razão pela qual deve suportar o ônus do não recebimento da notificação no caso de ter mudado de endereço e não ter feito a comunicação necessária ao credor.

2. A PURGA DA MORA NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS

O ato de purgar a mora significa o afastamento ou a neutralização dos efeitos decorrentes do atraso do cumprimento da prestação devida. Pela purgação da mora, o devedor que incorreu em mora sana a falta cometida, cumprindo com a sua obrigação ainda em tempo hábil ao adimplemento.

De acordo com o art. 401, I, do Código Civil, a purgação da mora pelo devedor se dá pela oferta da prestação em atraso, com o acréscimo de juros, correção monetária, multa, sem prejuízo das eventuais perdas e danos.

O art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69, antes da redação que lhe foi conferida pela Lei nº 10.931/04, previa que o devedor fiduciante em mora, acionado judicialmente por meio de

ação de busca e apreensão, podia purgá-la, depositando em juízo as prestações do contrato vencidas, desde que já tivesse quitado 40% do valor total do contrato.

Nesse sentido era o teor da Súmula nº 284 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado.

Essa situação foi alterada com a entrada em vigor da Lei nº 10.931/04, cujo art. 56 deu nova redação ao art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69, que, omissivo quanto à possibilidade de purgação da mora, apenas conferiu ao devedor em mora a faculdade de, no prazo de 5 (cinco) dias da execução da liminar de busca e apreensão, pagar integralmente a dívida, impedindo, com isso, a consolidação da propriedade do bem no patrimônio do credor, recebendo o bem objeto do contrato livre de qualquer ônus.

No início da vigência da Lei nº 10.931/04, parte da doutrina e da jurisprudência, fazendo uma interpretação literal da lei, entendeu que, como a lei determinava o pagamento da integralidade da dívida pendente e não apenas das parcelas em atraso, o devedor não tinha mais o direito de purgar a mora, com o pagamento das parcelas vencidas e não das vincendas.

Vale registrar que esse posicionamento continua sendo adotado de forma pacífica pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, em uma visão extremamente positivista, defende não haver mais que falar em purgação da mora a partir da edição da Lei nº 10.931/04, devendo o devedor pagar a integralidade do débito remanescente para que o bem lhe seja restituído livre do ônus.

Com esse entendimento, o atraso no pagamento de qualquer prestação do contrato se converteria em inadimplemento absoluto por parte de devedor, que somente poderia evitar a perda do bem caso depositasse em juízo a integralidade da dívida garantida fiduciariamente.

No entanto, a omissão do legislador quanto à possibilidade de purgação da mora pelo devedor vem sendo suprida pela doutrina e jurisprudência por meio do emprego da analogia

com institutos afins, da aplicação dos princípios gerais do direito, conforme faculta o disposto no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, e também pela realização de uma interpretação sistemática do direito das obrigações.

Cumprido ressaltar que há quem entenda, como é o caso do Professor BEZERRA DE MELO (2008), que o art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69 não vedou a purgação da mora, mas apenas tratou do vencimento antecipado da dívida, que, todavia, deve ser compreendido como uma faculdade do devedor, conforme dispõe o art. 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.”

Assim, majoritariamente, entende-se que a Lei nº 10.931/04 não extinguiu o direito de o devedor purgar a mora, devendo a expressão “dívida pendente” prevista no art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69 ser interpretada como débito vencido.

Isso porque a purga da mora é um direito do devedor, que serve de verdadeiro pilar para a manutenção do equilíbrio e da comutatividade dos contratos, só podendo ser afastado quando o credor comprovar que o pagamento das prestações vencidas do contrato já não lhe é mais útil, pois, conforme o disposto no art. 395, parágrafo único, do Código Civil, se a prestação se tornar inútil ao credor devido à mora, este poderá rejeitá-la e exigir o pagamento de perdas e danos.

Com efeito, se, em razão da mora, a prestação devida se tornar inútil para o credor, não lhe sendo mais interessante recebê-la, estará caracterizado o inadimplemento absoluto, capaz de justificar a recusa do credor em receber a prestação em atraso e a consequente ruptura do vínculo contratual, com o retorno das partes ao *statu quo ante*.

No entanto, no contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária é muito difícil que o atraso de uma das prestações por parte do devedor seja capaz de torná-la inútil

para o credor fiduciário a ponto de justificar a sua recusa em recebê-la com atraso e a consequente resolução do contrato.

Como se sabe, no contrato de financiamento, também chamado de contrato de mútuo, a prestação do devedor se constitui na restituição em parcelas da quantia financiada, acrescidas de juros remuneratórios e encargos contratuais, de modo que a mora do devedor em relação ao pagamento de umas das parcelas não enseja a frustração do credor a ponto de justificar a resolução do contrato, uma vez que as parcelas em atraso deverão ser pagas acrescidas de juros moratórios e demais encargos decorrente da mora, de modo que o credor recuperará seu crédito, sem que se rompa o equilíbrio contratual.

Ademais, a própria estrutura e função econômica do contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária do bem adquirido pelo devedor por meio do empréstimo justificam a possibilidade de purgação da mora por parte do devedor fiduciante.

Com efeito, a celebração de um contrato de financiamento para a aquisição de um bem de consumo com o pagamento do preço de forma parcelada tem como pressuposto a hipossuficiência financeira do devedor, que não possui capacidade econômica para adquirir o bem pagando o seu preço à vista. Conforme observa o professor CHALHUB (2009), esse mesmo pressuposto revela que, estando o devedor inadimplente quanto ao pagamento das parcelas do financiamento, não terá condições financeiras para pagar a integralidade da dívida, como parece exigir o § 2º do art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69.

Diante desse contexto, não se pode admitir que o devedor, parte hipossuficiente na relação jurídica estabelecida, perca seu direito sobre o bem adquirido por meio do financiamento, com a consolidação da propriedade no patrimônio do credor, que será obrigado a promover a venda do bem para satisfazer seu crédito, haja vista a vedação do pacto comissório prevista no art. 1.365, *caput*, do Código Civil, ou seja, ao credor fiduciário é

vedado ficar com o bem alienado fiduciariamente, no caso de a dívida não ser paga no vencimento.

Não há dúvidas, portanto, de que a purga da mora, com o pagamento das parcelas vencidas e o conseqüente convalhecimento do contrato, é mais útil e vantajoso para o credor fiduciário do que a consolidação da propriedade do bem em seu poder e o ônus de ter que promover a venda desse bem.

Como ensina CHALHUB (2009), o interesse do credor não é se apropriar do bem, mas sim receber o seu crédito em espécie, razão pela qual a consolidação da propriedade do bem é a última opção do credor, só sendo aceitável quando frustradas as tentativas de purgação da mora, haja vista os inconvenientes suportados pelo credor que terá que arcar com os custos e perder tempo para promover a alienação do bem apreendido.

Como dito anteriormente, a possibilidade de purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis também se justifica pela aplicação do instituto da analogia, positivado no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, e pela análise de institutos afins, para os quais a lei e a jurisprudência permitem a purga da mora por parte do devedor.

O primeiro instituto a ser citado é compromisso de compra e venda de bem imóvel, regulado pelos Decretos-Lei nºs 58/37 e 745/69, que garantem o direito do promissário comprador de, após ter sido devidamente constituído em mora por meio de interpelação judicial, purgá-la, pagando as prestações vencidas, acrescidas dos encargos legais.

Igualmente há de ser lembrado que a Lei nº 9.514/97, que trata dos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis, em seu art. 26, § 1º, só considera implementada a cláusula resolutória do contrato se o devedor, após devidamente notificado, não pagar as prestações vencidas acrescidas dos encargos contratuais e legais no prazo de 15 dias.

Outro instituto afim é o contrato de compra e venda com reserva de domínio, previsto no art. 521 do Código Civil, que estabelece: “na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago”. No caso de inadimplência do comprador, após a sua constituição em mora, pode o vendedor requer, liminarmente, a apreensão e depósito da coisa apreendida, nos termos do art. 1.071, *caput*, do Código de Processo Civil, sendo que o seu § 2º garante o direito de o comprador purgar a mora, se já houver pago mais de 40% do preço.

Por fim, não se deve esquecer o instituto do arrendamento mercantil financeiro, também conhecido como *leasing* financeiro, instituído pela Lei nº 6.099/74, que constitui negócio jurídico pela qual uma pessoa jurídica entrega determinado bem para uso do arrendatário, mediante o pagamento de determinado preço, tendo este três opções ao término do prazo do contrato: adquirir o bem, devolvê-lo ou renovar o contrato. Apesar de a referida Lei ser silente quanto ao direito de o arrendatário purgar a sua mora, a jurisprudência se encarregou de pacificar o entendimento segundo o qual é direito do arrendatário purgar a mora, mediante o pagamento das prestações vencidas do contrato, em atenção à regra do parágrafo único do art. 395 do Código Civil, bem como ao princípio da conservação dos contratos.

Nesse sentido já se manifestou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 174.736, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado do DOU de 10/05/1999. Também a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2009.002.41465, Relator Des. Maldonado de Carvalho, julgado em 23/10/2009, e também, dentre outras, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 990092599003, Relator Des. Felipe Ferreira, julgado em 02/12/2009.

Cumprе ressaltar os fundamentos utilizados pelo Desembargador do Tribunal Paulista Felipe Ferreira, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 990092599003, que justificou a possibilidade da purga da mora pelo devedor ao argumento de que em todo e qualquer contrato, seja de que natureza for, sem nenhuma exceção, haja ou não permissão legal, a purgação da mora sempre será admissível, desde que o devedor a exerça com lealdade.

Considerando a própria estrutura e função econômica do contrato de alienação fiduciária de bem móvel, as disposições contidas no Código Civil, os institutos afins e os princípios da função social do contrato, da conservação do vínculo contratual, da boa-fé e demais princípios norteadores das relações contratuais, constata-se que o direito à purga da mora, mediante o pagamento das prestações em atraso acrescidas dos encargos legais, deve ser garantido não só ao devedor fiduciante, mas a todo devedor em qualquer espécie de contrato e independentemente de previsão legal.

Esse tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme disposto no julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 2007.002.24809, Relator Des. Antônio Saldanha Palheiro, realizado em 13/11/2007, onde se defendeu a purga da mora pelo devedor fiduciante, ao fundamento de que a pura da mora só não é cabível quando não ostentar mais utilidade ao credor.

Também a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 990093047365, Relator Des. Oscar Feltrin, realizado em 09/12/2009, entendeu estar preservado nos contratos de alienação fiduciária de bem móvel o direito à purgação da mora, porque para a entidade financeira é sempre útil a prestação em dinheiro.

3. A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Não há dúvidas de que a construção jurisprudencial e doutrinária a respeito da possibilidade da purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis tem como principal fundamento a invocação dos princípios que regem as relações contratuais no direito contemporâneo.

A Constituição da República de 1988, ao consagrar um Estado Social e Democrático de Direito, que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, de modo a realizar a justiça social, consagrou princípios que, por serem instrumentos de concretização dos fundamentos e objetivos da República, influenciam todo o ordenamento jurídico.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social, da solidariedade e da igualdade e outros que deles decorrem, quais sejam, princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva, da confiança, do equilíbrio contratual e da tutela do vulnerável, por constituírem o núcleo fundamental e informador de toda a Constituição da República de 1988, servem como critério e parâmetro de valoração, capazes de orientar e condicionar a interpretação e a aplicação das normas infraconstitucionais.

Os princípios da igualdade, da justiça social e da solidariedade refletem a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perder de vista, contudo, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana. Como elucidada o professor TARTUCE (2010), a tríade “dignidade-solidariedade-igualdade” é que tem consubstanciado o chamado Direito Civil Constitucional.

Nesse contexto se insere o princípio da função social dos contratos, previsto no art. 421 do Código Civil, *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

De acordo com GONÇALVES (2009), a função social do contrato tem como fim promover a realização da justiça social, aparando as desigualdades substanciais entre os contratantes, subordinando a liberdade contratual ao cumprimento de sua função social e limitando a autonomia da vontade, sempre que esta estiver em desconformidade com o interesse social. Por conseguinte, a função social do contrato somente estará cumprida quando sua finalidade for atingida, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.

Assim, pela função social dos contratos, os negócios jurídicos patrimoniais devem ser analisados de acordo com o meio social em que são celebrados. Diante disso, o contrato não pode trazer onerosidades excessivas, desproporções ou injustiça social nem violar interesses individuais ou transindividuais relacionados com a proteção da dignidade humana.

Conforme dispõe o Enunciado nº 23 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, *in verbis*: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

Para GONÇALVES (2009), trata-se de verdadeira cláusula geral, ou seja, norma orientadora, de ordem pública e de caráter genérico e abstrato, dirigida, principalmente, aos magistrados, que têm o dever de preencher os seus valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, por ocasião do julgamento de um caso concreto, como forma de realização de justiça. Ainda, por ser norma de ordem pública, pode o magistrado aplicá-la em

qualquer espécie de ação judicial e independentemente de pedido da parte interessada, pois é seu dever agir de ofício.

Outro princípio que merece ser destacado, por também se consubstanciar na tríade “dignidade-solidariedade-igualdade” e se tratar de verdadeira cláusula geral é o princípio da boa-fé objetiva, previsto em nosso ordenamento jurídico no art. 422 do Código Civil, que dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A boa-fé objetiva compreende uma regra de conduta social, caracterizada por uma atuação em conformidade com padrões social de honestidade e probidade, de modo a não frustrar uma legítima confiança da outra parte.

Cumpra registrar que, ao contrário da boa-fé objetiva, a boa-fé subjetiva não é um princípio, mas apenas um estado psicológico, pela qual uma pessoa, diante de uma falsa percepção da realidade, acredita estar em exercício de um direito, que, na verdade, não existe.

O princípio da boa-fé objetiva encontra amparo no interesse coletivo de que as pessoas atuem socialmente com cooperação e lealdade, incentivando o sentido de justiça social, reprimindo todas as condutas que caracterizem desvios às regras de honestidade e retidão. Em razão disso, para CHAVES e ROSENVALD (2008b), a boa-fé objetiva é considerada fonte de obrigações, uma vez que impõe aos contratantes regras de conduta social, a fim de que todos os objetivos do contrato sejam atingidos por ambas as partes.

O Código Civil de 2002 tem como três grandes paradigmas a eticidade, a socialidade e a operabilidade. O princípio da boa-fé é a maior expressão da eticidade e da socialidade, já que objetiva conduzir o comportamento do homem à realização do bem comum, segundo as regras de conduta social. A boa-fé objetiva, especialmente quando considerada como uma cláusula geral, também é expressão da operabilidade, que significa a busca da concretude ou efetividade do direito privado.

Conforme lição de CHAVES e ROSENVALD (2008b), o princípio da boa-fé objetiva apresenta três importantes funções dentro do ordenamento jurídico brasileiro, são elas: interpretativa, restritiva e integrativa.

A função interpretativa da boa-fé objetiva está prevista no art. 113 do Código Civil, que dispõe sobre a necessidade de os negócios jurídicos ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração.

A interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé prestigia o princípio da confiança, a fim de tutelar a vontade aparente do negócio jurídico, de acordo com o exigido pela honestidade e lealdade. Em razão disso, as partes não devem se ater simplesmente ao sentido literal da declaração emitida no negócio jurídico, mas devem interpretadas segundo o esperado pela boa-fé.

A função restritiva ou limitadora da boa-fé objetiva é encontrada no art. 187 do Código Civil, que estabelece que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Por meio dessa função limitadora, a boa-fé objetiva visa a coibir o chamado abuso de direito, caracterizado quando o titular de um direito subjetivo, ao exercitá-lo, excede os limites éticos-sociais. O exercício do direito será sempre irregular e, portanto, abusivo, quando se consubstanciar na quebra da confiança, frustrando legítimas expectativas.

A proteção conferida à confiança revela-se um princípio fundamental de concretização da boa-fé, pelo qual se deve proteger a confiança depositada pelos indivíduos na realização dos negócios jurídicos. Logo, a confiança guardada pelas partes merece uma tutela jurídica específica, já que não pode ficar desprotegida de uma eventual frustração, pois isto geraria uma instabilidade social, o que deve ser evitado.

Por fim, a função integrativa do princípio da boa-fé objetiva está positivada no art. 422 do Código Civil, já transcrito anteriormente. Além de limitar os negócios jurídicos e servir a sua interpretação, a boa-fé é uma fonte de obrigação, criando os chamados deveres anexos ou laterais, dentre os quais se encontram os deveres de proteção, informação, transparência e cooperação, a fim de propiciarem a efetiva realização do fim contratual, com a tutela dos bens patrimoniais e também das pessoas contratantes.

O inadimplemento das obrigações decorrentes da boa-fé também confere à parte lesada o direito à propositura de ação indenizatória, à resolução contratual, bem como à invocação da exceção do contrato não cumprido. Portanto, a boa-fé objetiva cria para os contratantes a obrigação de cumprir alguns deveres implícitos no contrato que, uma vez violados, caracteriza uma espécie de inadimplemento, independentemente de culpa, conforme preceitua o Enunciado nº 24 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil.

Registre-se que os deveres anexos instituídos pela boa-fé devem estar presentes tanto na fase contratual, como nas fases pré-contratual e pós-contratual, como reconhecido no Enunciado nº 25 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil.

Decorre da concepção do princípio da confiança e da tercia do abuso do direito a idéia de *venire contra factum proprium, supressio, surrectio, tu quoque*, comumente chamados de subprincípios da boa-fé objetiva.

Das lições do professor TARTUCE (2010), se extrai que o *venire contra factum proprium* é uma vedação decorrente do princípio da confiança e caracteriza um tipo de ato abusivo de direito. Referida vedação assegura a manutenção da confiança legitimamente criada nas relações jurídicas contratuais, onde não se admite a adoção de condutas contraditórias. O *venire contra factum proprium*, portanto, significa a proibição de ir contra fatos próprios já praticados.

A expressão *supressio* se refere ao fenômeno da supressão de determinadas relações jurídicas pelo decurso do tempo. A *surrectio*, por sua vez, consagra o fenômeno inverso, ou seja, o surgimento de um direito pela prática de usos e costumes locais durante certo tempo. Assim, a *supressio* e a *surrectio* consagram, respectivamente, formas perda e aquisição de direito pelo decurso do tempo, ou seja, são duas faces da mesma moeda, como elucida TARTUCE (2010).

No entanto, fora os casos previstos em lei, a aquisição ou perda de direitos pelo transcurso do tempo só são admitidas em nosso ordenamento jurídico quando se relacionarem a uma situação de confiança investida numa relação jurídica. Assim, o transcurso de tempo, como forma de aquisição ou perda de um direito, fora das previsões legais, somente é possível com a conjugação do *venire contra factum proprium*.

Com relação ao *tu quoque*, é essa expressão que melhor representa os deveres anexos de uma relação contratual decorrentes da boa-fé. Como observa TARTUCE (2010), ela é designativa de uma situação gerada de um abuso de direito, que se verifica quando uma das partes viola a norma jurídica e, posteriormente, tenta se aproveitar dessa conduta em benefício próprio. Como se sabe, a ninguém é dado se valer da própria torpeza. Em consequência, quem viola as suas obrigações contratuais não pode se valer da sua própria falta para se favorecer diante da outra parte.

Outro princípio norteador das relações contratuais e que merece registro é o princípio da conservação do vínculo contratual, que constitui importante elemento de realização da função social dos contratos. Conforme reconhecido pelo Enunciado n° 22 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, *in verbis*: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

O princípio da conservação do contrato está explicitamente previsto no artigo 51 § 2º do Código de Defesa do Consumidor e implicitamente previsto no artigo 6º, V, do mesmo diploma. De acordo com esse princípio, deve-se buscar, preferencialmente, a manutenção dos contratos e não a sua extinção pelo inadimplemento.

Assim, pelo princípio da conservação dos contratos é permitida a revisão das cláusulas contratuais, mediante a realização de alguns reajustes para se manter e cumprir as legítimas expectativas de ambos os contratantes, bem como a efetivação da purgação da mora, mediante o cumprimento das prestações vencidas, com o conseqüente convalescimento do contrato, só se admitindo sua resolução se frustradas todas as diligências visando o afastamento da mora, desde que, é claro, a prestação em atraso ainda seja útil à outra parte contratante.

Diante do exposto, em que pese a ausência de previsão no Decreto-Lei nº 911/69 quanto à possibilidade de purga da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis, há de se observar que, embora exista um micro-sistema normativo a regular o instituto da alienação fiduciária de bens móveis, não se pode jamais perder de vista o fato de não ser plausível se concentrar a regulação ou a normatização de uma matéria num só diploma legal, existindo portanto, a necessidade de interação dos textos legais para uma ideal compreensão dos fatos e do direito.

Essa interação de textos legais é o que doutrinadores modernos como MARQUES (2004) e TARTUCE (2010) chamam de “diálogo das fontes”, razão pela qual os princípios norteadores das relações contratuais, previstos explicita ou implicitamente na Constituição da República, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, não só podem, como devem ser aplicados aos contratos de alienação fiduciárias de bens móveis, de modo a permitir a purga da mora por parte do devedor fiduciante, em respeito a boa-fé, a função social e a conservação dos contratos.

Isso porque, nos contratos que contemplam a reposição do empréstimo financeiro em parcelas mensais, a purgação da mora é conveniente para ambas as partes, uma vez que retoma o curso normal do negócio jurídico, viabilizando, por consequência, a consecução de sua função econômica e social, caracterizada pela circulação de riquezas no meio social.

4. O PRAZO PARA A PURGA DA MORA NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

O objetivo do presente trabalho não é apenas dissertar sobre a possibilidade da purga da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis, mas, principalmente, analisar o prazo para o exercício desse direito pelo devedor fiduciante, caso existente.

De acordo com os §§ 1º e 2º do art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69, entende-se, majoritariamente, na doutrina e na jurisprudência, que o devedor fiduciante teria apenas o prazo preclusivo de 5 (cinco) dias, contados da execução da liminar de busca e apreensão, para purgar a mora, pagando integralmente o débito vencido, uma vez que, transcorrido esse prazo, a propriedade do bem, automaticamente, se consolida no patrimônio do credor fiduciário, estando este autorizado a promover a venda extrajudicial do bem a partir desse momento.

No entanto, não parece ser esse o entendimento mais adequado, considerando os princípios norteadores das relações contratuais que justificam a própria purgação da mora por parte do devedor fiduciante.

Como se sabe, pela leitura do art. 305, parágrafo único, do Código Civil, a purgação da mora será sempre possível, desde que a prestação em atraso ainda seja útil para a outra

parte contratante, pois, caso contrário, estar-se-ia diante de um caso de inadimplemento absoluto, onde a purga da mora é inviável.

Com fundamento deste dispositivo legal, a purga da mora deve ser admitida pelo magistrado, no caso concreto, se observada a permanência da utilidade no recebimento da prestação devida, a fim de evitar a resolução do contrato, em observância aos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva, da conservação do vínculo contratual, dentre outros.

Nos contratos de alienação fiduciária, cujo diploma legal regulador estabelece uma sanção pelo inadimplemento do devedor, consistente na devolução do bem objeto do contrato e não apenas uma indenização pecuniária, o único óbice para a realização da purga da mora deve ser a efetiva venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente, e não a simples consolidação da propriedade do bem no patrimônio do devedor.

Isso ocorre em razão da vedação do pacto comissório, prevista no art. 1.365, *caput*, do Código Civil, o credor não pode ficar com o bem objeto do contrato, tendo o ônus de promover a sua venda extrajudicial, até porque o que interessa à instituição financeira credora é o recebimento do dinheiro investido no financiamento e não o bem propriamente dito.

Por conseguinte, a purga da mora, com o pagamento das parcelas vencidas e o consequente convalescimento do contrato, é mais útil e vantajoso para o credor fiduciário do que a consolidação da propriedade do bem em seu poder e o ônus de ter que promover a venda desse bem, haja vista os inconvenientes suportados pelo credor, que terá que arcar com os custos e perder tempo para promover a alienação do bem apreendido.

O magistrado, ao se deparar no caso concreto com um pedido de purga da mora pelo devedor fiduciante, deve, primeiramente, verificar a suficiência do depósito, ou seja, se o valor posto à disposição do Juízo representa as parcelas vencidas, acrescidas dos encargos legais e contratuais; após, deve verificar se houve o cumprimento da liminar de busca e

apreensão e, ainda, se foi promovida a venda extrajudicial do bem, uma vez que, não tendo esta sido promovida, não deve existir óbice para o deferimento da purga da mora, com o convalescimento do contrato.

Devido ao grande número de ações de busca e apreensão ajuizadas pelas instituições financeiras, é muito comum que haja a demora na realização da venda extrajudicial do bem apreendido, diante das inúmeras burocracias existentes. Em decorrência, o prazo de 5 (cinco) dias previsto no Decreto-Lei nº 911/69 é muito exíguo e não pode ser considerado preclusivo, de modo a prejudicar a defesa dos interesses do devedor-consumidor, parte hipossuficiente da relação jurídica estabelecida.

Existe interessante precedente jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro admitindo a purga da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis, mesmo após o decurso do prazo de 5 (cinco) dias, desde que presente a utilidade no recebimento das prestações em atraso pelo credor. Nesse sentido é o Agravo de Instrumento nº 2008.002.33399, Relator Des. André Andrade, julgado em 18/02/2009.

Vale ressaltar que os fundamentos utilizados pelo Relator do Agravo de Instrumento nº 2008.002.33399, Desembargador André Andrade, ao permitir a entrega do bem apreendido diante da realização do depósito integral da dívida, foram a ausência de prejuízo ao credor fiduciário, haja vista a utilidade da prestação do devedor fiduciante, bem como os princípios da boa-fé, da função social e da conservação dos contratos.

Portanto, é viável defender a possibilidade de purga da mora pelo devedor fiduciante após o prazo de 5 (cinco) dias previsto no Decreto-Lei nº 911/69, considerando não ser este prazo preclusivo, sendo que apenas abre a oportunidade de o credor fiduciário promover a venda do bem alienado fiduciariamente. Enquanto não for promovida a venda extrajudicial do bem apreendido ou proferida sentença nos autos da ação de busca e apreensão, deve ser possibilitado ao devedor efetuar o pagamento do valor integral da

dívida, pois esta ainda se revela útil ao credor, em atenção aos princípios da boa-fé, da função social e da conservação dos contratos.

Vale registrar, ainda, uma situação peculiar que, não muito raro, vem ocorrendo nos contratos de alienação fiduciária, que diz respeito ao adimplemento substancial ou inadimplemento mínimo, caracterizado quando o devedor já quitou a maior parte das parcelas do contrato de financiamento, ficando inadimplente apenas quanto às últimas prestações.

Quanto à Teoria da Adimplemento Substancial, a doutrina e a jurisprudência são tranquilas a respeito do descabimento do deferimento de liminar de busca e apreensão quando o valor inadimplido é muito inferior ao valor do bem objeto do contrato de alienação fiduciária, devendo o credor se utilizar de outras vias para obter o valor da dívida.

Essa teoria, na lição de BEZERRA DE MELO (2008), encontra fundamento nos já mencionados princípios da boa-fé, função social e conservação dos contratos, e tem por objetivo impedir a resolução do contrato e a consequente perda do bem objeto do contrato, quando o devedor estiver próximo do adimplemento contratual, suprimindo o direito de o credor resolver o contrato diante da inadimplência do devedor, pois seu exercício configuraria abuso de direito, que é reprimido pela função limitadora da boa-fé.

Nesse sentido tem se manifestado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 469.577, de lavratura do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DOU de 05/05/2003 e também a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2009.002.27192, Relator Des. Custódio Tostes, realizado em 21/07/2009 e, dentre outras, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumentos nº 1256239008, Relator Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, realizado em 31/03/2009, onde se entendeu que a pretensão do credor fiduciário de reaver o bem objeto do contrato, quando já

quitada quase que a integralidade da dívida, configura abuso de direito, devendo o credor se valer de ação de cobrança.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente trabalho, verifica-se que a purga da mora por parte do devedor fiduciante deve ser sempre permitida, enquanto útil for ao credor fiduciário o cumprimento da prestação em atraso, em face da importância jurídica, econômica e social dos contratos de alienação fiduciária de bens móveis, que tem como principal objetivo possibilitar a circulação de riquezas no meio social.

Considerando a própria estrutura e função econômica do contrato de alienação fiduciária de bem móvel, as disposições contidas no Código Civil, os institutos afins e os princípios da função social do contrato, da conservação do vínculo contratual, da boa-fé e demais princípios norteadores das relações contratuais, o direito à purga da mora, mediante o pagamento das prestações em atraso acrescidas dos encargos legais, deve ser garantido não só ao devedor fiduciante, mas a todo devedor em qualquer espécie de contrato e independentemente de previsão legal.

Não parece adequada a posição positivista adotada atualmente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao vedar o exercício do direito à purga da mora pelo devedor fiduciante em razão das alterações trazidas pela Lei ° 10.931/04, uma vez que, numa geração onde cresce cada vez mais o movimento pós-positivista, deve ser privilegiada a aplicação dos princípios, bem como a interação dos diplomas legais.

Em que pese a ausência de previsão no Decreto-Lei n° 911/69, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n° 10.931/04, quanto à possibilidade de purga da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis, há de se observar que, embora exista um microsistema normativo a regular o instituto da alienação fiduciária de bens móveis, há a necessidade de ser feita uma interação dos textos legais para uma ideal compreensão dos fatos e do direito.

Essa interação é chamada pelos doutrinadores de “diálogo das fontes”, que tem por escopo evitar retrocessos na proteção da parte mais vulnerável da relação contratual. Em razão disso, os princípios norteadores das relações contratuais, previstos explicita ou implicitamente na Constituição Federal, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, não só podem, como devem, ser aplicados aos contratos de alienação fiduciárias de bens móveis, de modo a permitir a purga da mora por parte do devedor fiduciante, em respeito à boa-fé, à função social e à conservação dos contratos.

Diante desse contexto, é necessário defender a viabilidade de purga da mora pelo devedor fiduciante mesmo após o prazo de 5 (cinco) dias previsto no Decreto-Lei n° 911/69, de modo que este prazo não seja considerado preclusivo.

Portanto, enquanto não for promovida a venda extrajudicial do bem apreendido, conforme exigido pelo Decreto-Lei n° 911/69, tendo em vista a vedação do pacto comissório, deve ser conferida ao devedor fiduciante a possibilidade de efetuar o pagamento integral da dívida, desde que esta ainda seja útil ao credor fiduciário e não tenha sido proferida sentença nos autos da ação de busca e apreensão, em atenção aos princípios norteadores das relações contratuais, notadamente os princípios da boa-fé objetiva, da função social e da conservação dos contratos.

REFERÊNCIAS

CHALHUB, Melhim Namem. *Negocio fiduciario*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Os princípios sociais do contrato*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em: 12.01.2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 5. ed. rev. e atual. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 6. ed. rev. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Método, 2008.

_____. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5. ed. rev. e atual. v. 3. São Paulo: Método, 2010.

_____. *O inadimplemento absoluto e a mora no Código Civil de 2002*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em: 12.01.2010.