

SUBSTANCIAL PERFORMANCE NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Daniela Galvão de Araujo

Mestre em Teoria do Direito e do Estado
Especialista em Direito Processual Civil, Penal e Trabalhista
Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Ana Carolina da Silva Morgado

Bacharelada em Direito pela UNILAGO

Resumo: O presente trabalho aborda a teoria do adimplemento substancial, cuja importância se deve ao fato de que crises financeiras, reveses políticos, má administração das finanças pessoais, entre outros fatores, têm elevado o número de ações de retomada de bens devido à inadimplência dos compradores.

Palavras-chave: adimplemento, adimplemento substancial, alienação fiduciária.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a teoria do adimplemento substancial, cuja importância se deve ao fato de que crises financeiras, reveses políticos, má administração das finanças pessoais, entre outros fatores, têm elevado o número de ações de retomada de bens devido à inadimplência dos compradores.

Desde a Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro vem atuando com base na interpretação dos valores, princípios e regras ali expressos, privilegiando-se a

dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais. Sendo assim, nossa sociedade passou a encarar a obrigação como um processo, exigindo-se o cumprimento do estabelecido em contrato e a plena satisfação do credor.

Nesse contexto, encontra-se a teoria do adimplemento substancial, a qual observa certas minúcias que constituem as mais variadas relações contratuais, cada vez mais complexas e individualizadas. Cada caso concreto merece uma análise detalhada de seus pormenores, a fim de que o interesse da relação contratual não seja prejudicado.

Sendo assim, objetiva-se analisar de que forma tem sido aplicada a teoria do adimplemento substancial no país. Para tanto, foi utilizado o procedimento metodológico dedutivo, por meio de pesquisa e revisão bibliográfica de doutrinas, livros, revistas, periódicos, artigos científicos, jurisprudência e legislação sobre o tema. Espera-se, com isso, observar a aplicabilidade da teoria ao contrato de alienação fiduciária em garantia e de que forma ela pode representar segurança jurídica a ambas as partes, isto é, credor e devedor.

CONCEITUAÇÃO E APLICAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL

Conforme explica Guimarães Neto (2015, p. 44), no Brasil, “a teoria do adimplemento substancial vem sendo debatida e difundida há cerca de três décadas, muito em razão dos ensinamentos do eminente professor gaúcho Clóvis Veríssimo do Couto e Silva”.

Por ocasião da época em que lecionava Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o jurista apresentou a seus alunos do curso de pós-graduação diversos institutos do Direito Privado de outros países, dentre eles a *substantial performance*. Um dos discentes, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, viria a se tornar juiz e desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, posteriormente, ministro do Superior Tribunal de Justiça, levando consigo e utilizando em suas decisões o aprendizado acerca da teoria destacada. Nesse diapasão, o primeiro acórdão do Tribunal da Cidadania a abordar o tema foi de relatoria do próprio ministro. [...]. Hodiernamente, são muitos os julgados dos Tribunais Estaduais e Superiores embasados com a técnica do adimplemento substancial [...]. Malgrado isto, não houve recepção do assunto em nenhum dispositivo legislativo até então, a despeito do que acontece em países como Itália e Alemanha, também adotantes do sistema da *civil law*. Logo, vê-se que a atenção dispensada pelo sistema jurídico nacional à referida teoria advém fundamentalmente dos meios doutrinário e jurisprudencial (GUIMARÃES NETO, 2015, p. 45-46).

A definição de Tucci (2017, p. 51) é de que “o adimplemento é considerado o fim objetivamente perseguido, mas não a qualquer custo, pois a finalidade econômico-social não é exclusivamente tutelada, já que há necessidade de respeito ao princípio da boa-fé”.

Nesse sentido, Corrêa (2018, p. 15) afirma que o adimplemento tem relação com o

cumprimento da prestação pactuada e a satisfação do interesse do credor, podendo ainda ser caracterizado por três efeitos: a extinção da obrigação, a liberação do devedor e a satisfação do interesse do credor. [...] Em razão do caráter

dinâmico da relação obrigacional, funcionalizada (concebida não mais como um fim em si mesmo), a compreensão de adimplemento também passa por uma transformação, uma vez que a leitura tradicional não se coaduna com a compreensão de obrigação como processo. A ideia de adimplemento como efetivo cumprimento da prestação, deve contemplar também o cumprimento de deveres anexos à obrigação.

Já para Fiuza (2008, p. 338) trata-se do

ato do devedor satisfazendo o direito do credor, pondo fim à obrigação. É o exato cumprimento de uma obrigação. Com isto se quer dizer que o objeto da obrigação não pode ser substituído por outro, ainda que mais valioso, sem o consentimento do credor. Tecnicamente, o cumprimento exato da obrigação, ou adimplemento, recebe o nome de pagamento. Pagar significa, portanto, satisfazer, o direito do credor, seja dando alguma coisa, fazendo ou não fazendo algo. Desvinculemos da ideia de pagamento a de dar dinheiro.

Com relação ao término da relação obrigacional, isto é, o adimplemento, Martins (2011, p. 21) esclarece que,

Na grande maioria dos casos, as obrigações são espontaneamente cumpridas, isto é, realizada voluntariamente a prestação, a obrigação preenche, em regra, a sua função, satisfazendo, através do meio próprio (cumprimento) o interesse do credor e liberando o devedor do vínculo a que se encontrava adstrito. Nascida a relação obrigacional, esta se desenvolve para o seu fim, ou seja, para o adimplemento, também chamado mais estritamente de 'cumprimento', 'execução', 'pagamento'.

Embora não esteja positivada no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do adimplemento substancial serve de orientação e inspiração para as demais normas e na aplicação do direito em casos concretos, apontando, principalmente,

para a manutenção da relação obrigacional quando a obrigação foi cumprida na sua essência, levando em consideração a satisfação do interesse das partes, de modo a afastar a resolução contratual. A resolução contratual se mostra prejudicial ao devedor em razão das diversas consequências jurídicas que dela decorrem, tais como a incidência de juros, cláusulas penais, a extinção da relação e de todos os seus efeitos e a possibilidade de indenizar o credor por perdas e danos (CORRÊA, 2018, p. 18).

É o que também assegura Bussata (2008, p. 64-65) com relação ao princípio da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico do contrato:

eles não afastam os princípios anteriores, mas sim os complementam ou, se assim se preferir, mitigam os seus efeitos, na medida em que os rigorismos são afastados para dar lugar à justiça contratual e à satisfação dos legítimos anseios dos contratantes, impedindo, assim que o contrato sirva de instrumento para subjugar um dos contratantes ao outro. Seja pelo conteúdo ético que possui, seja pelo histórico que apresenta, o princípio da boa-fé objetiva, sem sombra de dúvida, figura o mais importante de todos os princípios, à medida que realmente permite, por meio das suas especializações funcionais, a obtenção de justiça do caso concreto,

especialmente ao admitir que o magistrado, ao julgar determinado caso contratual que lhe foi posto, passa a atentar aos meandros e peculiaridades do caso concreto, a fim de proferir uma decisão justa, que se apresente mais vantajosa em termos de custo social, ainda que contrária ao sentido literal de determinada regra. Enfim, a boa-fé erige-se em elemento substancial da evolução do direito que, com insistência, denomina-se “a socialização do direito”.

Amparando os três princípios citados acima, Farias e Rosenvald (2014, p. 541-542) lembra que os princípios da conservação dos negócios jurídicos, da vedação ao abuso de direito e da proporcionalidade também respaldam a teoria do adimplemento substancial:

em contratos como a promessa de compra e venda e a alienação fiduciária não são raras as situações em que o contratante praticamente liquida o débito, porém, ao final do negócio jurídico, sucumbe diante de pequena parcela do contrato. Em tese, o credor poderá ajuizar ação de reintegração de posse ou busca e apreensão e reaver o bem imóvel ou móvel, como surgimento da pretensão ao crédito, decorrente da lesão ao direito patrimonial. Nada obstante, a perda do bem necessário (apartamento, automóvel) é um sacrifício excessivo ao devedor, em face do pequeno vulto do débito. Na linha do princípio constitucional da proporcionalidade, o desfazimento do contrato pode impor um sacrifício excessivo a uma das partes, comparativamente à opção de manutenção do contrato. Na falta de uma pequena parcela para o alcance do adimplemento, é coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção da prestação faltante (v.g., ação de execução ou monitória), e não a pura e simples resolução contratual. Daí a

abusividade do exercício do direito resolutório, concedendo-se ao credor a possibilidade de ajuizar a ação necessária ao recebimento do crédito.

Sua origem remonta o entendimento, no direito inglês

de que somente o descumprimento de uma prestação dependente (*condition*) dava ensejo à resolução dos contratos, ao passo que o descumprimento de um dever acessório ou colateral, do qual a obrigação não é dependente (*warrant*), concedia ao credor apenas o direito de reclamar as perdas e danos (*damages*) (MARTINS, 2011, p. 57).

Diversos países passaram a adotar tal ideia, com as devidas modificações, até chegar ao ponto de que sua aplicabilidade deixasse de ser “associada pura e simplesmente ao caráter principal (*condition*) ou acessório (*warranty*) da obrigação”, e passasse a ter relação mais estreita com a “gravidade do descumprimento. Ou seja, à avaliação das consequências ocasionadas pelo descumprimento obrigacional da parte inadimplente” (KRABBE, 2016, p. 26).

Ao comparar as duas vertentes, Assis (2004, p. 129-134) expressa que

em relação ao sistema pátrio, o ordenamento britânico monta certa distância, cuja medida exata ostenta imprescindível ao ajustamento e à absorção local dessa teoria restrigente do remédio resolutivo. O inadimplemento do contratante, aqui e lá, enseja o desfazimento do pacto, sem embargo da opção pela demanda de cumprimento. Todavia, enquanto a resolução (legal: originária de cláusula expressa ao lado de

espécies de outras consagradas em cada sistema, opera de modo automático) efetiva-se, consoante a regra dos ordenamentos hauridos da matriz continental, obrigatoriamente mediante ação constitutiva promovida pelo 'lesado', o parceiro fiel britânico goza, ao invés, de um poder inerente à esfera privada: seu exercício leva-o a prescindir da intervenção judicial. Ao figurante inconfornado, insubmisso ou injustiçado com a pátina de inadimplente, e só a ele, tocará obter a declaração judicial de que o comportamento do primeiro parceiro denota intolerância e que o contrato permanece eficaz. [...] É bastante natural que, em alguns casos, se repute o descumprimento minimamente gravoso, e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos consoante do contrato. [...] A importação da *substantial performance* se opõe, inicialmente, à natureza do inadimplemento – absoluto –, verificado nos precedentes mencionados [...] Então, a hipótese estrita de adimplemento substancial – descumprimento de parte mínima – equivale, no direito brasileiro, grosso modo, ao adimplemento chamado insatisfatório: ao invés de infração a deveres secundários, existe discrepância qualitativa de irrelevante na conduta do obrigado. Em tais termos, a solução do problema se acomoda ao regime comum e usual. O juiz avaliará a existência ou não da utilidade da prestação, segundo determina o art. 398, parágrafo único, do CC-02.

Silva (1980, p. 56), responsável por difundir tal teoria nacionalmente, o definiu como “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 ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva)”.

Atualmente, os conceitos de *conditions* e *warranties* servem como parâmetros

na análise da resolução ou não do contrato. A tendência da jurisprudência inglesa é dar maior poder ao julgador, a fim de se verificar se está diante de um inadimplemento fundamental ou não. A construção histórica do adimplemento substancial foi construída considerando a gravidade do inadimplemento e a razoabilidade, apresentando como ponto de equilíbrio o atendimento aos interesses do credor (CORRÊA, 2018, p. 19).

Entretanto, na opinião de Bussata (2008, p. 107) é preciso extremo cuidado na utilização da teoria do adimplemento substancial, sendo imprescindível que se interprete minuciosamente as especificidades de cada caso concreto, haja vista que

a pretensão de buscar parâmetros fixos e abstratos, aplicáveis indistintamente à generalidade dos casos, está fadada ao insucesso. Isso em razão de que a diversidade de interesses que movem as partes faz de cada negócio jurídico contratual único, inconfundível, com características e funções completamente distintas de outro congêneres. A teoria do adimplemento substancial não é aplicável mediante uma análise axiomático-dedutiva.

Sobre esse aspecto, Guimarães Neto (2015, p. 58) amplia a análise ao afirmar que

mostra-se temerária a aceitação somente do critério quantitativo das parcelas não pagas para o deferimento do pedido de aceitação da tese do adimplemento substancial. Supondo, por

exemplo, que a parte requerida não possua qualquer outro patrimônio que não o produto gravado com o ônus da alienação fiduciária e nem apresente algum modo de arrecadação de proventos, estar-se-ia diante de uma situação incomum. Ora, em sendo empregada a teoria do adimplemento substancial nessas circunstâncias, certamente o credor procuraria alcançar o restante da dívida por meio de outros procedimentos judiciais, como executório, monitório ou de cobrança.

Porém, o referido autor faz uma ressalva:

eventuais penhoras para caução do débito recairiam inevitavelmente sobre aquele mesmo bem, e o imbróglio seria novamente instaurado. Logo, não seria sensato impedir aquele que está a cumprir com suas obrigações de perceber toda a quantia contratada para evitar o prejuízo do inadimplente o qual, não obstante já despendera grande quantidade de dinheiro para honrar sua obrigação, não é mais capaz de fazê-lo (GUIMARÃES NETO, 2015, p. 58).

Ele acrescenta, ainda, que a doutrina especializada entende que

não só deve a parcela faltante configurar-se de pequena monta, como também carecem ser preservados os interesses do credor e averiguada a conduta idônea do devedor. Explica-se. O inadimplemento contratual por parte de um dos acordantes, via de regra, frustra o fim econômico-social do pacto, uma vez que retira do outro contratante o direito de receber aquilo que lhe é devido. Visando conferir maior proteção ao pactuante que age corretamente no cumprimento das disposições ajustadas, foi estabelecida em nosso ordenamento jurídico a regra do artigo 475

do C.C. e, especialmente [...], a norma do artigo 3º, §1º do Decreto-Lei n. 911/69 (GUIMARÃES NETO, 2015, p. 52).

Quanto à aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia, Guimarães Neto (2015, p. 59) ensina que ela

possui como escopo primário impedir o credor fiduciário de resolver o pacto e, por conseguinte, manter o devedor fiduciante na posse do bem. Portanto, apresenta como claro preceito a improcedência do pedido de busca e apreensão, remetendo-se a parte não inadimplente a vias menos gravosas para percepção de seu crédito.

APLICAÇÃO DO DECRETO LEI N. 911/69

Rabelo e Viegas (2011, p. 02) comentam que a criação do Decreto-Lei n. 911/69 se deu

em meios de diversos acontecimentos históricos, o fim do regime militar, a democratização brasileira, a elegibilidade de um novo poder constituinte, que deu origem a uma nova Constituição da República. A Constituição da República de 1988 foi criada resguardando diversas garantias, direitos individuais e coletivos, com intuito de afastar completamente o famigerado fantasma da repressão, e acabar com a ideologia militar que assombrava a população. Mesmo diante de radicais mudanças, é praticamente impossível, num primeiro momento, romper com o passado, principalmente um passado não muito distante e que gerou diversos traumas a sociedade. Tudo que se inicia, principalmente um novo regime de governo

democrático, depende, sobretudo, de verba para sustentar as drásticas mudanças e manter o mínimo de estabilidade econômica.

Ainda segundo os supracitados autores, sua criação teve como intuito gerar

eficácia plena para recuperação de bens dados em garantia nos contratos firmados com gravame de alienação fiduciária, em casos de insolvência por parte do contratante. O Decreto possibilita ao credor a tomada do bem alienado em caso de inadimplência e, tomado o bem, este poderá ser vendido para abatimento no montante ainda existente, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, conforme especifica o art. 2º da norma (RABELO e VIEGAS, 2011, p. 03-04).

Sobre o decreto citado, Pereira (2001, p. 51) expressa que:

o art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei 911/69, estipula que “se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens o seu domínio que se encontram em poder do devedor”. Sem maior desgaste intelectual, retira-se deste dispositivo que a alienação pode incidir sobre bens fungíveis. É a posição vencedora na jurisprudência, mas afastada a viabilidade da decretação da prisão civil e o próprio uso da ação de depósito. Ainda que se conforme com essas conclusões, é relevante ter presente temperamento proposto pelo Superior Tribunal de Justiça. Possível a alienação de bens fungíveis, não pode esta noção ser estendida àqueles igualmente consumíveis, é

dizer, os que se destroem com o uso, assim também rotulados os que se destinam ao comércio, compondo o estoque de uma empresa e voltados à transação com terceiros (art. 51 do CC).

O art. 3º, caput, primeira parte, do Decreto-Lei 911/69 dispõe sobre a legitimidade ativa e, a esse respeito, Figueira Júnior (2005, p. 80) reflete que

diz respeito à pessoa (física ou jurídica) titular da propriedade fiduciária (credor), segundo se infere do disposto no art. 3º, caput, primeira parte, do Decreto-Lei 911/69. Note-se que, com a propriedade fiduciária regradada pelo Código Civil, a titularidade ativa da demanda de busca e apreensão não mais se restringe às instituições financeiras, tendo em vista que o instituto jurídico em questão pode ser utilizado, igualmente, pelos particulares (pessoas físicas e jurídicas distintas das instituições financeiras).

No que tange à busca e apreensão, lê-se nos arts. 3º e 4º (e seus respectivos parágrafos) do Decreto-Lei nº 911/69 que:

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.

§ 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.

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

§ 3º O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar.

§ 4º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição.

§ 5º Da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo.

§ 6º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado.

§ 7º A multa mencionada no § 6º não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos.

§ 8º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.

§ 9º Ao decretar a busca e apreensão de veículo, o juiz, caso tenha acesso à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores - RENAVAM, inserirá diretamente a restrição judicial na base de dados do Renavam, bem como retirará tal restrição após a apreensão.

§ 10. Caso o juiz não tenha acesso à base de dados prevista no § 9º, deverá oficiar ao departamento de trânsito competente para que:

I - registre o gravame referente à decretação da busca e apreensão do veículo; e

II - retire o gravame após a apreensão do veículo.

§ 11. O juiz também determinará a inserção do mandado a que se refere o § 9º em banco próprio de mandados.

§ 12. A parte interessada poderá requerer diretamente ao juízo da comarca onde foi localizado o veículo com vistas à sua apreensão, sempre que o bem estiver em comarca distinta daquela da tramitação da ação, bastando que em tal requerimento conste a cópia da petição inicial da ação e, quando for o caso, a cópia do despacho que concedeu a busca e apreensão do veículo.

§ 13. A apreensão do veículo será imediatamente comunicada ao juízo, que intimará a instituição financeira para retirar o veículo do local depositado no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 14. O devedor, por ocasião do cumprimento do mandado de busca e apreensão, deverá entregar o bem e seus respectivos documentos.

§ 15. As disposições deste artigo aplicam-se no caso de reintegração de posse de veículos referente às operações de arrendamento mercantil previstas na Lei no 6.099, de 12 de setembro de 1974.

Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, fica facultado ao credor requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva, na forma prevista no Capítulo II do Livro II da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Tais artigos trazem uma mudança significativa à questão, uma vez que o antigo texto exigia, além da comprovação da mora, “a devida notificação extrajudicial dirigida ao devedor”, [...] “assinada, como prova de ciência”. Hoje em dia, basta comprovar a mora por carta registrada com aviso de recebimento, sendo que ela decorre do simples vencimento da dívida com o não pagamento. Em outras palavras, “a notificação tornou-se mero acessório para comprovação de ciência do fato pelo devedor, podendo o credor utilizar de outros meios para dar ciência da mora” (NEGRÃO, 2015, p. 39-40).

Já o artigo 5º do Decreto-Lei nº. 911/69 “admitiu a possibilidade da utilização da execução fiscal como meio para cobrar a dívida”, outorgando legitimidade à figura do credor fiduciário, conforme classifica Rodrigues (2014, p. 01):

A interpretação extensiva é aquela em que qualquer pessoa, física ou jurídica, está legitimada a figurar como credor fiduciário. [...] Já a interpretação restritiva segue a seguinte linha de raciocínio: como o instituto vinha disciplinado na Lei de Mercados e Capitais, segue a ideia de que somente admite como credor fiduciário na alienação fiduciária as entidades financeiras regularmente registradas perante o Banco Central do Brasil. Desta forma, somente as instituições financeiras em sentido estrito seriam legitimadas a adquirir fiduciariamente bens em garantia. Há, ainda, uma terceira corrente, a intermediária, que defende a utilização do instituto da alienação fiduciária em garantia por qualquer instituição financeira em sentido amplo, entre as quais: as entidades bancárias não financeiras e os consórcios regularmente constituídos na forma da Lei nº. 5.768/71, além das entidades estatais ou paraestatais. Esta terceira corrente vem se firmando na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Tal entendimento embasa-se, no que se refere às entidades estatais ou paraestatais, de acordo com o artigo 5º do Decreto-Lei nº. 911/69 [...]. Some-se a isto a fiscalização a que estão sujeitas e pela presunção do interesse público de que gozam tais entidades.

Ao analisar o art. 6º do Decreto-Lei 911/69, Pereira (2001, p. 48-49) sintetiza que, no que se refere à legitimidade ativa,

é de se vincar que “o avalista, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor, se sub-rogará, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação

fiduciária” (art. 6º do Decreto-Lei 911/69). Deste modo, assumem essas pessoas condição do fiduciário, podendo, inclusive, usar a ação de busca e apreensão; passam a gozar das mesmas prerrogativas fruídas pelo credor primitivo.

Para Val (2012, p. 32), pode parecer um absurdo jurídico falar em penhora do bem alienado, pois, a princípio,

domínio resolúvel é do próprio credor e penhora equivaleria a constriar bens dele próprio. Todavia, pode-se compreender a penhora como possível, desde que o credor renuncie a garantia fiduciária, o que é admitido diante da análise conjunta das disposições do parágrafo 7º do artigo 1º do Decreto-Lei n. 911/69, que estabelece a aplicação à alienação fiduciária em garantia, no que couber, dentre outros, o artigo 802, do Código Civil (artigo 1.436 no novo Código Civil) e as disposições do Código Civil e Processo Civil, pertinentes a matéria.

Por fim, Guimarães Neto (2015, p. 38) comenta a respeito de dois novos itens acrescidos ao Decreto-Lei n. 911/69, quais sejam, os artigos 6º-A e 7º-A:

O primeiro diz respeito à viabilidade da distribuição e busca e apreensão do bem mesmo no curso de pedido de recuperação judicial ou extrajudicial envolvendo o devedor fiduciante. Já o segundo refere-se à vedação de bloqueio judicial de bem constituído por alienação fiduciária nos moldes do texto normativo, devendo eventuais discussões sobre concurso de preferências ser resolvida pelo valor da venda do bem, após sua apreensão.

No que se refere ao contrato de alienação fiduciária em garantia, Martins (2011, p. 101) faz um adendo importante ao que já foi exposto anteriormente:

muito embora o Decreto-Lei n.911, de 1º de outubro de 1969 autorize a resolução do contrato e a busca e apreensão do objeto dado em garantia, isto só poderá ser efetivado quando se estiver diante de um descumprimento grave, considerável. Se o descumprimento for irrelevante frente ao valor que já foi pago pelo devedor, não se admite o desfazimento do vínculo e a busca e apreensão do bem.

Segundo Corrêa (2018, p. 48), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem o entendimento de que “o Código Civil se limita a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis (art.1361 a 1368-A), estando a alienação fiduciária em garantia disciplinada no Decreto-Lei 911/69”. Em outras palavras, só se aplica o Código Civil “se o regramento especial apresentar alguma lacuna e a disposição não contrariar as disposições da Lei especial”.

Dentre as diversas transformações no Decreto-Lei n. 911/69 operadas pela publicação da Lei n. 13.043/2014, importa realçar a que conferiu nova redação ao artigo 4º. Em sua origem, previa o dispositivo que, se o bem alienado fiduciariamente não fosse encontrado ou não se achasse na posse do devedor, facultar-se-ia ao credor requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em Ação de Depósito. Entretanto, hodiernamente, tal conversão está restrita à Ação de Execução, na qual os demais bens do devedor poderão ser constrictos e penhorados para assegurar a execução (artigo 5º). Nota-se que a

referida alteração coaduna-se com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, cujo posicionamento, editado inclusive na Súmula Vinculante 25, atesta a ilicitude da prisão civil do depositário infiel na hipótese de qualquer modalidade de depósito (GUIMARÃES NETO, 2015, p. 39).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática forense dos tribunais brasileiros vinculados à Justiça Comum tem justificado a relevância do tema abordado pelo presente trabalho, haja vista o elevado número de ações em que se pretende retomar bens vendidos sob a prerrogativa da alienação fiduciária.

Crises financeiras, reveses políticos, má administração das finanças pessoais, entre outros fatores, acabam causando a inadimplência dos compradores e, conseqüentemente, sobrecarregando o Judiciário nacional.

A facilidade do acesso ao crédito, portanto, teve duas facetas bem antagônicas: proporcionou a aquisição de bens desejados por grande parte da população e fez com que a falta de perspectiva econômica suficiente transformasse milhares de cidadãos em devedores.

Nesse sentido, o surgimento da teoria do adimplemento substancial representou um significativo amparo para os fies pagadores, isto é, indivíduos honestos, que zelam pelo próprio nome e pelo cumprimento de suas obrigações, mas que se veem impedidos

de continuar apresentando lisura na quitação de suas responsabilidades.

A referida teoria reconhece, também, a necessidade de preservação dos interesses dos credores, sendo crucial, portanto, a interpretação e a valoração de cada caso específico, em que se pesam equilibradamente os princípios da proporcionalidade e da equidade, bem como o respeito pelos preceitos gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Com isso, espera-se satisfazer igualmente as situações apreciadas em nossos tribunais, fazendo prevalecer a justiça sobre todas as coisas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Gustavo de Aguiar Ferreira. **Segregação patrimonial e securitização de crédito**. (Dissertação de Mestrado). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia: as ações de busca e apreensão, a impossibilidade de prisão civil do devedor**. Campinas: Millenium, 1998.

AMMAR, Amanda Fajnzylber. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis: Execução da Garantia Fiduciária pelo Descumprimento de Obrigação estabelecida em Contrato Garantido por Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. (Dissertação). São Paulo: Instituto de Ensino e Pesquisa, 2016.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BENATTI, Lorrán. **Alienação fiduciária**: conceitos, natureza jurídica e cláusulas essenciais. [on-line] 2016. Disponível em: <<https://lorranbenatti.jusbrasil.com.br/artigos/340314973/alienacao-fiduciaria-conceitos-natureza-juridica-e-clausulas-essenciais>>. Acesso em 17 mar 2019.

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASSETTARI, Christiano. Registro de Imóveis II: Atos Ordinários. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CORRÊA, Bruna Gomide. **Adimplemento substancial**: um limite à resolução dos contratos. (Dissertação). Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2018.

COSTA JÚNIOR, Francisco José de Almeida Prado Ferraz. As garantias reais no direito romano. **Revista de Direito Imobiliário**, ano 37, v. 77, jul.-dez., 2014, p. 11-30.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. V. 5. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Contratos. Salvador: Jus Podium, 2014.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tratado de alienação fiduciária em garantia**: das bases romanas à Lei n. 9514/97. São Paulo: LTr, 1999.

FERREIRA, Mário César. **Alienação Fiduciária de Bens Móveis**: a execução à luz do Decreto-Lei nº 911/69. (Dissertação). Biguaçu: Universidade do Vale do Itajaí, 2008.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 11 ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Da propriedade resolúvel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GUIMARÃES NETO, Ary de Oliveira. **A aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem móvel**. (Dissertação). Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2015.

KRABBE, Érica Fernandez. **Princípios contratuais**: estudo acerca da teoria do adimplemento substancial e a sua aplicação nos contratos imobiliários. (Dissertação). São Paulo: Insper, 2016.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **A natureza jurídica da alienação fiduciária**. [on-line]. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI212459,61044-A+natureza+juridica+da+alienacao+fiduciaria>>. Acesso em 10 mar 2019.

LIMA, Otto de Sousa. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LOPES, Christiano Lins. **Crescimento Imobiliário Após a Inserção da Alienação Imobiliária**. (Dissertação de Mestrado). Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor fiduciante**: uma visão crítica à luz dos direitos humanos. Campinas: Aga Juris, 1999.

NEGRÃO, Isaak. **Alienação Fiduciária de Bens Móveis de Acordo com o Decreto Nº911/69**. (Dissertação). São Caetano do Sul: Universidade Municipal de São Caetano do Sul, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Alienação Fiduciária em Garantia**: reflexões sobre a (in)suficiência do cenário normativo e jurisprudencial atual. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2013. (Texto para Discussão nº 132). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496328>>. Acesso em 23 mar 2019.

PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida; MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros. **Manual Prático do Registro de Imóveis**. São Paulo: Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. II, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Hélio do Vale. **Alienação fiduciária em garantia**: aspectos processuais. Florianópolis: Hábitos, 2001.

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.

RABELO, Cesar Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. A notificação e protesto extrajudicial nos contratos de alienação fiduciária. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago. 2011.

RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**: direito e ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Lucas Frota. **Do instituto da alienação fiduciária em garantia de bem móvel**. [on-line] 2014. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8282/Do-instituto-da>>

alienacao-fiduciaria-em-garantia-de-bem-movel>. Acesso em 03 mar 2019.

SANTOS, Eloir Gasparim dos. **Aspectos Relevantes da Alienação Fiduciária de Bem Imóvel**. [on-line] 2010. Disponível em: <<https://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/ASPECTOS-RELEVANTES-DA-ALIENACAO-FIDUCIARIA-DE-BEM-IMOVEL.pdf>>. Acesso em 09 mar 2019.

SANTOS, Paulo Júnior Soares dos; RIBEIRO, Alessandra Dias. **Da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel**. [on-line]. 2016. Disponível em: <<https://paulojuniorsantos.jusbrasil.com.br/artigos/252514107/dalienacao-fiduciaria-em-garantia-de-bem-imovel>>. Acesso em 02 mar 2019.

SEIDA, Ravena. **Alienação fiduciária de bens imóveis: aspectos gerais e específicos**. 2013. Disponível em: <<https://ravenaseida.jusbrasil.com.br/artigos/114154946/alienacao-fiduciaria-de-bens-imoveis-aspectos-gerais-e-especificos>>. Acesso em 16 mar 2019.

SILVA, Clóvis do Couto e. **O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SILVA, Evert Roberto Soares da. **A eficácia da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis**. [on-line]. 2011. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/05/A-EFICACIA-DA-ALIENACAO-FIDUCIARIA-EM-GARANTIA-DE-BENS-IMOVEIS.pdf>>. Acesso em 24 mar 2019.

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Adimplemento: conceito e natureza jurídica. **Revista dos Tribunais: Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 10, 2017, p. 51-72.

VAL, Valdecir. **Estudo da Norma Legal de Busca e Apreensão na Alienação Fiduciária**. (Dissertação). Assis: Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, 2012.