

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

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

Bacharelanda 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.

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Conceituação e natureza jurídica

Kümpel (2014, p. 01) declara que a Alienação Fiduciária em Garantia

é uma espécie do gênero propriedade fiduciária e não uma propriedade resolúvel como alguns supõem, confundindo a natureza do instituto, incluindo o próprio legislador, tanto nos artigos 1.361 quanto do artigo 22 da Lei 9.514/97. Em ambos os diplomas legais, o legislador salienta que o devedor fiduciante, ao celebrar o negócio transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel do bem móvel ou imóvel. Desde já, é bom salientar que a efetiva transferência só ocorrerá com o adimplemento da obrigação, chamada de consolidação, não se confundindo, portanto, de forma nenhuma com a propriedade resolúvel.

De acordo com Santos e Ribeiro (2016, p. 01), a “Alienação Fiduciária em garantia se materializa na transferência da propriedade do bem pertencente ao devedor fiduciante ao credor fiduciário, sob a condição resolutiva que é o adimplemento da dívida”.

É o mesmo entendimento de Chalhub (2009, p. 222), que assim nos elucida:

Ao ser contratada a Alienação Fiduciária, o devedor fiduciante transmite a propriedade ao credor fiduciário e, por esse meio, demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal.

Diniz (2006, p. 68) sabiamente sentencia que a Alienação Fiduciária consiste na “transferência feita pelo devedor ao credor da

propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível, como garantia de seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida”.

Embora composto por duas relações jurídicas – uma de natureza real e outra de natureza obrigacional, trata-se de um negócio jurídico uno:

O primeiro é representado pela garantia, compreendendo a transmissão do direito ou da propriedade, devendo o fiduciário receber o bem não para tê-lo como próprio, mas com o fim de restituí-lo com o pagamento da dívida, e o segundo se expressa no débito contraído (RODRIGUES, 2014, p. 01).

Sobre isso, explana Lima (1962, p. 58):

O segundo elemento da fidúcia romana é o *pactum fiduciae*, através do qual o fiduciário assumia a obrigação de restituir, ou, segundo a linguagem romana, *remancipare*, a *res* a ele transmitida. É o elemento obrigatório do negócio, do qual deriva a obrigação do fiduciário, afirmando, mesmo, alguns autores que ele é o centro de gravidade da operação fiduciária. Limitava os efeitos da *datio*, porque esta tinha por fim transferir a propriedade. Não se conclua, daí, que houvesse uma alienação condicionada resolutivamente, porque a *mancipatio* não condizia nem com uma condição, nem com um termo, tendentes a uma restituição.

Levando tais fatos em consideração, Alves (2010, p. 78) discorda dos colegas acima citados ao afirmar que

a fidúcia não é uma operação una, tratando-se o *pactum fiduciae* de um elemento obrigacional, de caráter pessoal, com fins de restituição, sem retirar a eficácia translativa da propriedade operada em primeiro lugar e pela forma retro exposta, que constitui o elemento real da operação. Extinto o crédito garantido, emerge a obrigação de restituir, sendo que o pagamento apenas parcial da dívida não tinha esse condão, na medida em que a garantia fiduciária era tida como indivisível.

Chalhub (2009, p. 246) complementa que

aplicam-se ao pagamento os princípios gerais previstos nos arts. 304 e seguintes do Código Civil, pelo que devem pagar o devedor principal (fiduciante) ou seus coobrigados, ficando estes, caso paguem, sub-rogados no crédito e na garantia fiduciária. O pagamento é o fato jurídico que extingue a obrigação e caracteriza o implemento da condição resolutiva, daí porque dispõe a Lei que, com o pagamento da dívida, resolve-se a propriedade fiduciária [...].

Conforme explicam Santos e Ribeiro (2016, p. 01), quando ocorrer atraso ou recusa do “credor fiduciário em fornecer o termo de quitação para cancelamento da propriedade fiduciária, poderá o devedor fiduciante ajuizar ação com a finalidade compeli-lo a entregar a referida quitação”.

Além disso, Cassettari (2013, p. 36) ensina que, no prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, se não houver a entrega do termo de quitação, poder haver “pena de multa em favor

deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato”.

Nas palavras de Santos (2010, p. 28),

a quitação do contrato, mediante a emissão do termo de quitação pelo credor fiduciário, torna-se o documento hábil para que a propriedade resolúvel se transforme em propriedade plena ao devedor fiduciante, que, na posse do termo de quitação, levado ao Cartório de Registro de Imóveis para que o Oficial proceda à retificação e o registro em favor do devedor fiduciante, e este tenha a propriedade plena, deixando de existir a Alienação Fiduciária.

“A alienação fiduciária de bem móvel ou imóvel como o contrato pelo qual há uma transferência da propriedade resolúvel para a garantia do cumprimento de uma obrigação principal” (SEIDA, 2013, p. 01).

Muito embora o instituto jurídico da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis já fosse previsto no ordenamento jurídico pátrio desde a Lei Federal de nº. 4.728, de 14 de julho de 1965, com o advento da Lei Federal de nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997, juntamente com a criação do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) passou a dotar de maior garantia os financiamentos imobiliários concedidos (PONTES; CAMINHA, 2016).

Com isso, qualquer pessoa passa a ser capaz de contratar esse instrumento. Tal generalização deixa clara a intenção do legislador de

dotar o setor imobiliário, em toda a sua amplitude, de um novo instrumento para dinamização de suas atividades, em atenção à sua função multiplicadora na economia e à sua capacidade de geração de empregos em larga escala e, em especial, viabilizar o funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários (CHALHUB, 2009, p. 202-203).

Com relação ao contrato que serve de título ao negócio fiduciário, Pedroso e Monteiro Filho (2017, p. 20-21) afirmam que deve conter os requisitos previstos no artigo 24, da Lei nº 9.514/97, quais sejam:

- I – o valor do principal da dívida;
- II – o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
- III – a taxa de juros e os encargos incidentes;
- IV – a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
- V – a cláusula que assegura ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
- VI – a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
- VII – a cláusula que dispõe sobre os procedimentos do eventual leilão do imóvel alienado fiduciariamente;
- VIII – o prazo de carência a ser observado antes que seja expedida intimação para purgação de mora ao devedor, ou fiduciante, inadimplente.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Segundo Costa Júnior (2014, p. 17), os negócios fiduciários

remontam a períodos recuados do direito romano. Por meio dela, opera-se a transmissão do poder sobre bens ou pessoas, obrigando-se o adquirente (fiduciário) por um pacto adjeto a devolvê-lo ao transmitente (fiduciante) ao verificar-se determinada circunstância ou com o cumprimento de determinada atividade. Essa modalidade de contrato desempenhou um importante papel de complemento do ordenamento jurídico romano.

E, uma vez que “a cláusula de fidúcia limita ou modifica a extensão dos efeitos naturais do negócio jurídico celebrado, ajustando-o às finalidades da hipótese concreta. Sua abrangência foi bastante ampla, ultrapassando os limites do direito patrimonial” (COSTA JÚNIOR, 2014, p. 17).

Sua etiologia permite compreendê-lo sob dois aspectos:

a) um real e ostensivo, que consiste na transmissão dos bens ao fiduciário em caráter de venda aparentemente pura e simples, pois do instrumento nada consta sugerindo a presença do elemento fiduciário; b) outro pessoal e secreto, que se formula na “ressalva” dada ao fiduciante, contendo a obrigação de retransferir a coisa adquirida, dentro do prazo e sob a condição estipulada (PEREIRA, 1995, p. 277).

Sua origem é descrita por Lima (1962, p. 13) da seguinte forma:

Surgiu, depois, como um pacto adjeto, como um acordo, como uma convenção não formalista, através de uma cláusula secreta, como o quer Ihering, ou como “*une contre-lettre*”, segundo Geny. Aderia a uma convenção solene, translativa da propriedade – a *mancipatio*, ou a *in jure cessio*. Apresentava-se, portanto, à época da Lei das XII Tábuas, com aquelas palavras solenemente pronunciadas, a que a Tábua VI – I emprestava a força de Lei. Se não podemos ver neste texto, por falta de referência expressa, qualquer sanção, não há dúvida de que nele percebemos nitidamente a existência da fidúcia.

No direito romano antigo, a *fiducia cum creditore* foi a única garantia real existente:

Por meio dela o devedor transmitia a propriedade de uma coisa, segundo os meios regulares de direito [...], apondo-se um pacto (*pactum fiduciae*) segundo o qual o credor se obrigava a retransferir sua propriedade ao devedor (*remancipatio*), depois de cumprida a obrigação garantida. Sem embargo a transmissão da propriedade, era frequente que o devedor permanecesse com a coisa, a título de precário ou locação, ainda que por aluguel ínfimo. Por meio desse expediente, o credor se forrava ao concurso creditório com a propriedade quiritária da coisa que lhe foi transmitida. Seu grande inconveniente era que o credor, depois de satisfeito, não podia ser compelido judicialmente a devolver a propriedade da coisa que lhe fora transmitida. Com efeito, a obrigação do credor de observar o pacto era meramente natural nos primeiros tempos, não podendo ser exigida judicialmente. Posteriormente, foi concedida ao devedor fiduciante uma ação pessoal (*actio fiduciae*) contra o credor fiduciário, que tem o dever legal de comportar-se com a propriedade que lhe foi

transmitida como mero fiduciário, isto é, deve proteger a coisa, se a tiver em mãos, de danos e abster-se de a alienar ou onerar, devendo ainda devolvê-la, tão logo a dívida fosse paga, sob pena de incorrer em mora. Entretanto, ainda assim, o remédio era imperfeito, porque não se tratava de uma ação real, conferindo simples direito de indenização contra o credor que aliena a coisa em vez de restituí-la. No caso de inadimplemento do devedor, a *lex commissoria*, pela qual a coisa simplesmente decaía em favor do credor, era a solução mais comum nos tempos mais recuados. A República tardia conheceu a cláusula *pactum, ut vendere liceat (pactum de distrahendo)*, que obrigava o credor a pagar-se com o produto da venda da coisa. Neste caso, o credor só pode ficar com a coisa se não houver comprador e, mesmo assim, mais tarde, somente por autorização imperial. Com o passar do tempo referida cláusula passa a ser presumida no silêncio do contrato até que uma constituição imperial de Constantino de 320 d. C. proibiu de todo o pacto comissório (LIMA, 1962, p. 18-19).

A confirmação do elemento real da fidúcia é relatada por Lima (1962, p. 81):

A ação de reivindicação pertence, evidentemente, ao fiduciário, como *dominus* que é; não pertence, ao contrário, ao fiduciante, porque, como o disse Gaio, em relação a ele, há simplesmente uma *res aliena*. Esta ação poderá ser exercida contra terceiros que detenham a coisa, ainda mesmo com a vontade do fiduciante, indicando o Fragmenta Vaticana a hipótese em que o fiduciário poderá obter o fundo que o fiduciante, mantido na posse, deu em dote ao próprio genro, sem poder transferir-lhe a propriedade, porque dela não era titular. Esta ação poderá ser exercida, também, contra o próprio fiduciante que

tenha, *ab initio*, conservado a posse da coisa, ou que nela tenha entrado posteriormente.

Apesar da existência de outras duas modalidades – *fiducia cum amico* e *fiducia remancipationis causa* – a *fiducia cum creditore* era a que demonstrava ter maior utilidade, além de possuir maior referência no acervo arqueológico encontrado, haja vista funcionar como

a garantia de um crédito, tal como hoje se faz através do penhor e da hipoteca, com a diferença de apresentar ainda maior segurança, dada a efetiva transferência da propriedade. Sob outro enfoque, este era também seu grande inconveniente, por importar no desapossamento dos bens fiduciados, impossibilitando o devedor de gerar renda com o uso dos bens. Partiu desse inconveniente o surgimento daquelas duas outras formas de garantia, muito embora com elas tenha continuado a existir, por conferir maior garantia ao credor (LIMA, 1962, p. 74).

Lopes (2013, p. 16) lembra que há duas características distintivas em comum em todas as modalidades de fidúcia romana:

Trata-se da transferência da propriedade de algo ou alguém e esta propriedade está relacionada à negociação em vigor ou extinta. E o defeito marcante nas modalidades de fidúcia romana era a obrigatoriedade pessoal do credor de restituir a propriedade, constituindo uma obrigação real.

Ainda sobre a *fiducia cum creditore*, Mazzuoli (1999, p. 28) acrescenta que era

estabelecida para garantia de dívida, conferindo ao credor excessiva vantagem, posto que lhe permitisse conservar a propriedade de coisa de valor por vezes muito superior ao débito. Pela *fiducia cum creditore*, uma das modalidades do negócio fiduciário romano, o devedor transmitia ao credor o domínio de um bem, que posteriormente, lhe seria restituído, quando do resgate da dívida.

É o que assegura também Restiffe Neto (1975, p. 03-04):

O fiduciário do Direito romano investia-se na plena titularidade dominial do bem fiduciado, dele sendo exclusivo senhor. Esta a razão pela qual só restava ao fiduciante confiar na lealdade e honestidade do fiduciário em retransmitir a coisa, pois que a única sanção, para o caso de violação desse dever por parte do fiduciário que dispusesse da coisa ou direito, era de ordem pessoal, relacionada com o direito do fiduciante de pleitear indenização, sem atingir o terceiro a quem a coisa foi alienada.

Por outro lado,

ainda que coubesse ao devedor ação contra o credor que não restituísse a coisa, caso esta tivesse sido alienada a terceiro de boa-fé, apenas lhe caberia direito à indenização, como decorrência do caráter absoluto da transferência realizada pelo fiduciário, titular da propriedade (RESTIFFE NETO, 1975, p. 80).

Por conta disso, Alves (2008, p. 363) aponta certos inconvenientes da *fiducia cum creditore*, tanto para o credor como para o devedor:

a) para o devedor, porque ele tinha de transferir a propriedade da coisa ao credor, não podendo fruí-la enquanto não se extinguisse o débito: além disso, às vezes, o devedor era obrigado a transferir a propriedade de coisa de valor bem superior ao do débito, não podendo, portanto, utilizar-se dela para a obtenção de outros créditos; e, enfim, o devedor, para reaver a coisa, ficava, primitivamente, na dependência exclusiva da vontade do credor, pois não dispunha contra este de uma *actio* (ação) para compeli-lo à restituição da coisa; e, mesmo mais tarde, quando surgiu a *actio fiduciae*, era ela uma ação pessoal contra o credor, razão por que, se este alienasse a coisa a terceiro, em vez de restituí-la, o devedor, pela *actio fiduciae*, podia obter apenas indenização pelo não-cumprimento do pacto de restituição da coisa (*pactum fiduciae*), e não a anulação da venda ao terceiro; b) para o credor, porque, embora com a transferência da propriedade da coisa ficasse ele perfeitamente garantido, se ela recaísse na posse do devedor, este, ao fim de apenas um ano (mesmo se se tratasse de imóvel), recuperaria a propriedade sobre ela, mediante uma modalidade especial de usucapião denominada *usureceptio*. É certo que o inconveniente que a *fiducia cum creditore* apresentava para o credor e um dos que ela acarretava ao devedor (privá-lo do uso da coisa) podiam ser remediados se credor e devedor concordassem – o que, por certo, nem sempre ocorreria – em que a coisa continuasse na posse do devedor, a título de precário ou de locação. Assim, o devedor continuava a usar da coisa, e o credor não podia perdê-la pela *usureceptio*, porquanto a posse (ou a detenção) do devedor era a título de precário ou de locação, e não de propriedade. Mas, para os outros inconvenientes, com relação ao devedor, não havia remédio jurídico.

Alves (2010, p. 77) assinala que dois elementos da fidúcia romana se sobressaem: “a transferência da coisa, elemento real do negócio; e o elemento obrigacional (convenção), para dar à coisa destinação preestabelecida e respectiva restituição”.

As mudanças começaram a ocorrer apenas no século VI d.C., quando da supressão do *Corpu Juris civilis* pelo Império Romano e a consequente utilização do instituto fiduciário como garantia. Já na Idade Média, na Inglaterra, tem-se a fonte clássica mais semelhante à alienação fiduciária em garantia: o denominado *trust receipt*, que se caracteriza como a “entrega de certos bens a uma pessoa, para que deles faça uso conforme determinado encargo”. Ainda que haja semelhanças entre ambos institutos, principalmente no que tange à boa fé e à transmissão da propriedade resolúvel a terceiros, há discrepâncias inegáveis entre eles (ALVES, 2010).

Vê-se semelhança entre os dois institutos na predominância do elemento fiduciário. No *trust receipt*, precisa o financiador ter confiança no revendedor, pois do contrário, venderá ele a mercadoria, apropriando-se do preço, sem resgatar o título correspondente ao adiantamento recebido, perdendo aquele a garantia, que é, em última análise, a própria mercadoria. Bem é de ver que se assegura por outros meios, como o seguro, e lhe resta a medida corretiva exigir imediatamente o pagamento dos outros títulos, representativos de adiantamento, emitidos pelo revendedor. Na alienação fiduciária em garantia, também importa fundamentalmente o fator confiança do financiador, deteriorando, por exemplo, o bem, diminui a garantia (ALVES, 2010, p. 77).

A título de finalização, destacamos dois apontamentos feitos por Lima (1962, p. 44) – o primeiro se refere à sua breve conceituação:

a fidúcia é uma convenção, pela qual aquele que recebeu uma coisa ou um direito, pela *mancipatio* ou pela *in jure cessio*, se obriga à restituição, quando satisfeito o fim ou preenchida a destinação. Esta é a fidúcia que os romanos nos legaram e que influência marcante exerce na conceituação do negócio fiduciário da atualidade.

E o segundo ao seu desaparecimento, já na legislação de Justiniano:

Em suma, pode-se concluir que a fidúcia, após ter existência viva e aplicação variada no direito romano clássico, servindo, não só a funções de garantia, mas também, pela forma da *fiducia cum amico*, as finalidades as mais diversas, passou a entrar em declínio, pelo declínio da *mancipatio* e da *in iure cessio*, e, por fim, desapareceu, por completo, da legislação de Justiniano, onde só encontramos vestígios de sua existência pelo exame de textos, alguns visivelmente interpolados, e, outros, de interpolação duvidosa. Mas, a realidade é que este instituto ressurgiu no direito moderno, como uma imposição da própria vida jurídica e para preencher, como no direito romano, lacunas e deficiências da legislação atual (LIMA, 1962, p. 87).

Passemos agora à análise do uso da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro.

Silva (2011, p. 01) cita que, no Brasil, o instituto da Alienação Fiduciária em Garantia foi introduzido no ordenamento por meio da

Lei de Mercado de Capitais, com a publicação da Lei nº 4.728 de 1965, a qual garantia apenas bens móveis.

Como ilustra Rodrigues (2014, p. 01), trata-se de uma modalidade de negócio fiduciário – cuja regulamentação se encontra no Livro III, Capítulo IX (Da propriedade fiduciária) do nosso Código Civil – que atualmente, no entanto, segue regulamentação própria, qual seja, o Decreto-Lei nº 911/69, alterado posteriormente pela Lei 10.931/2004 e pela Lei 13.043/2014.

Sua primeira normalização remonta a 14 de julho de 1965, com a instituição da Lei de Mercado de Capitais (Lei 4.728), mais especificamente seu artigo 66, que vinha ao encontro das necessidades de crédito em um período de grande desenvolvimento econômico brasileiro, tanto para a indústria como para o consumidor. Assim, criou-se uma possibilidade de aumentar exponencialmente as vendas de bens móveis em solo nacional (FERREIRA, 2008).

O crédito permitia o aumento do mercado consumidor e a ampliação da faixa de funcionamento das instituições financeiras, dando assim maior elasticidade ao mercado de capitais e reduzindo, outrossim, os riscos operacionais. A generalização do crédito ao consumidor fez com que se desse capacidade aquisitiva a uma determinada classe de compradores, que não a teria em condições normais, de tal modo que um grande número de pessoas, que estavam marginalizadas no mercado consumidor, passaram a poder integrá-lo, em virtude de crédito a médio prazo que lhes foi concedido para a realização de certas compras. Essa conquista, devida à sábia orientação do Banco Central, tornou-se um meio de evitar a recessão e de facilitar a própria industrialização, especialmente

no campo dos automóveis e dos eletrodomésticos, em que a produção não encontrava um consumo suficiente adequado para poder funcionar em bases de pleno emprego, de tal modo que as providências de ordem financeiras ensejaram a possibilidade de maior rentabilidade industrial, provocando a baixa do custo operacional e até, consequentemente, do preço da venda de alguns artigos (FERREIRA, 2008, p. 54).

Contudo, não bastava oferecer crédito fácil ao consumidor: era preciso amparar as movimentações financeiras, principalmente nos casos de financiamentos de bens móveis. Sendo assim, a legislação foi acrescida de um instituto que

melhorou a redação do art. 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, regrou as ações de direito material e processual irradiada ao credor fiduciário, a sub-rogação do avalista, fiador e terceiro interessado e determinou providências administrativas quanto à alienação fiduciária de veículos automotores (ALVES, 1998, p. 21).

Trata-se do Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, que altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Com ele, o artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as

responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a Lei civil e penal.

§ 1º A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros, e conterà, além de outros dados, os seguintes:

a) o total da dívida ou sua estimativa;

b) o local e a data do pagamento;

c) a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;

d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.

§ 2º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não for proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior.

§ 3º Se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 4º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário pode vender a coisa a terceiros e aplicar preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.

§ 5º Se o preço da venda da coisa não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.

§ 6º É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

§ 7º Aplica-se à alienação fiduciária em garantia o disposto nos artigos 758, 762, 763 e 802 do Código Civil, no que couber.

§ 8º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal.

§ 9º Não se aplica à alienação fiduciária o disposto no artigo 1279 do Código Civil.

§ 10. A alienação fiduciária em garantia do veículo automotor, deverá, para fins probatórios, constar do certificado de Registro, a que se refere o artigo 52 do Código Nacional de Trânsito.

Ao apreciar o passado brasileiro, Kümpel (2014, p. 01) se dá conta de que a inexistência da Alienação Fiduciária em garantia dificultava a retomada dos bens no mercado nacional. Logo, pode-se considerá-la

uma eficiente ferramenta a favor do sistema de recuperação do imóvel, além de auxiliar na recolocação mais rápida do mesmo no mercado. Assim, no caso da Lei 9.514 de 1997, o objetivo claro e inequívoco do legislador foi o de facilitar e tornar mais segura a concessão de financiamentos para a compra e venda de imóveis, mormente diante dos inúmeros obstáculos vinculados à hipoteca, principal instrumento até então para o nascimento da garantia.

Vê-se que o novo instituto foi concebido com a intenção de “suprir novas necessidades sociais, decorrentes das exigências mercantis e do dinamismo social”, além de “atender com presteza a

necessidade de oferecer medidas legais e adequadas com a finalidade de assegurar o risco decorrente do crédito e do desestímulo então trazido à captação de capitais”. Com isso, foi possível reestruturar “a política de desenvolvimento do mercado de capitais e o fenômeno do financiamento direto ao consumidor” (GONÇALVES, 1978, p. 256-258).

A garantia de um instituto célere deu ao credor fiduciário a confiança necessária para que o mercado de consumo atingisse novas classes sociais, ampliando a parcela da sociedade brasileira com efetivo poder de compra e beneficiando significativamente o desenvolvimento econômico do país. Desde então, a alienação fiduciária em garantia tem funcionado como coadjuvante no mercado financeiro nacional (FERREIRA, 2008).

Kümpel (2014, p. 01) evidencia em seu texto que,

Em 1993, com a Lei nº 8.668 dos Fundos de Investimento Imobiliário, o legislador pareceu compreender a inadequação do tratamento como propriedade resolúvel, optando por denominá-lo “propriedade fiduciária”, conforme art. 7º da referida Lei. Em 1997, pela Lei nº 9.514 de Financiamento Imobiliário, retoma-se o *nomen juris* “propriedade resolúvel”, ao regular a alienação fiduciária de coisa imóvel, tendo, paradoxalmente, a mesma Lei facultado a constituição de um regime fiduciário à operação de securitização de recebíveis imobiliários. [...] No Código Civil de 2002, o legislador retoma novamente a ideia da propriedade fiduciária, diferenciando-a da propriedade resolúvel. Entretanto, seus artigos referem-se apenas à alienação fiduciária em garantia de bem móvel tratada na Lei 4.728/1965 e no decreto Lei 911/69, parcialmente revogado (derrogado) pelo *códex*

civil. Por fim em 2004, na Lei 10.931, ao tratar da afetação patrimonial, o legislador esbarra novamente na mesma problemática, sem, contudo, resolvê-la. Aliás, este último diploma modifica o decreto 911, o Código Civil e a Lei 9.514/97, tendo esta última sido ainda reformulada pela Lei 11.481/07.

Benatti (2016, p. 01) comenta que em 20 de novembro de 1997, foi criada a Lei nº 9.514, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, “instituinto a alienação fiduciária de coisa imóvel, dando maior amplitude ao instituto”, e, em agosto de 2004, passou a vigorar “a Lei 10.931, que introduziu ao Código Civil o art. 1.1368-A com importantes modificações no habitual modo de tratamento do regime da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis”.

Atualmente, a alienação fiduciária se configura como muito mais vantajosa que a hipoteca e o penhor, graças à afetação do patrimônio fiduciário, que permite ao credor fiduciário não “concorrer com os demais credores em concurso universal. Seja como for, o Brasil é um dos poucos países, para não dizer o único, em que, atualmente, vigora esta espécie de negócio fiduciário” (FIUZA, 2008, p. 40).

É o que tenta demonstrar Kümpel (2014, p. 01) ao avaliar que as hipotecas, geralmente, têm execução lenta, por dependerem da tramitação dos processos judiciais e

nem sempre se possui o privilégio de sobrepujar os demais credores, mesmo os trabalhistas e os fiscais, como garante a alienação fiduciária em caso de falência do devedor. Na hipoteca também

não ocorre a transferência da propriedade do bem hipotecado ao credor, sendo que o devedor poderá inclusive hipotecá-la novamente, não obstante conste na matrícula imobiliária o registro da garantia hipotecária anterior. Esta última situação é bastante discutível no que concerne a alienação fiduciária em garantia. Desse modo, o instituto milenar da hipoteca acaba por perder a sua força diante da agilidade e eficiência da alienação fiduciária no contexto imobiliário. A súmula 308 do STJ enterrou a alienação fiduciária ao determinar que 'a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel'. Com isso, as instituições financeiras perderam completamente o interesse na hipoteca e passaram a focar na alienação fiduciária. No caso dos outros institutos, o penhor dificulta as negociações mercantis ao exigir a tradição da coisa apenhada, enquanto a anticrese caiu em desuso, dada a complexidade das relações socioeconômicas modernas.

Além disso, uma análise superficial feita por Ammar (2016, p. 01) revela que tal instituto parece trazer maior facilidade para a efetivação da propriedade e, mesmo não tendo a propriedade do bem, o comprador já é capaz de se sentir mais seguro e protegido, somente de saber que tem a posse reconhecida. "Do mesmo modo, o vendedor também se sente mais seguro pois só transferirá a propriedade do imóvel para o comprador quando o vendedor tiver certeza do recebimento do pagamento".

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/da-alienacao-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, Everto 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.