

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO DIREITO BRASILEIRO

CHATTEL MORTGAGE IN WARRANTY IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

MARTA BORSOI

Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Mestranda em Direito pela Universidade do Porto. Advogada que atua nas áreas contenciosas de Civil e Societário. Endereço eletrônico: mrtborsoi@yahoo.com.br.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a inserção e as principais atribuições do instituto da alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será necessário examinar as particularidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema, que através da constituição a propriedade fiduciária institui um regime jurídico próprio para o instituto.

PALAVRAS CHAVE: alienação fiduciária em garantia; ordenamento jurídico brasileiro; propriedade fiduciária.

ABSTRACT

The current study analyses the inclusion and the principle characteristics of the legal institution known as Chattel Mortgage in Warranty in the Brazilian legal system. For this purpose, it will be necessary to examine the particularities of the Brazilian legal system in this regard, which, by constituting the fiduciary property, establishes a particular legal regime for this institution.

KEYWORDS: chattel mortgage in warranty; Brazilian legal system; fiduciary property.

1. INTRODUÇÃO

O crescente desenvolvimento social, intelectual e tecnológico, com a célere e efetiva propagação da informação, exige cada vez mais do mercado econômico atual o incremento de mecanismos que facilitem as negociações financeiras, fomentem a circulação do crédito e assegurem à eficaz recuperação de investimentos. Neste cenário, inserem-se as alienações fiduciárias com fins de garantia, ou melhor, a transferência da propriedade de um bem ou titularidade de um direito para assegurar o efetivo cumprimento de uma obrigação, instrumento de garantia que se revela mais eficaz para recuperação de um crédito.

Sobre o tema, será possível observar que o regime jurídico particular da alienação fiduciária em garantia construída pelo ordenamento jurídico brasileiro, que ao consagrar na lei a propriedade fiduciária, criou novo direito real. Entretanto, tal propriedade fiduciária trata-se de uma propriedade limitada pelas restrições impostas pela finalidade pela qual foi constituída (garantia de uma obrigação) e pelo tempo previamente previsto para duração do negócio jurídico. Além disso, por força legal, o bem ou o direito alienado fiduciariamente sofre afetação patrimonial, ou seja, somente responde para o cumprimento desta finalidade.

2. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Inicialmente, cumpre elucidar que o direito positivo brasileiro não dispõe de regulamentação genérica para os negócios fiduciários, porém os mesmos são admitidos pela doutrina¹ e jurisprudência² no âmbito de aplicação do princípio da

¹ Relativamente à admissibilidade dos negócios fiduciários no ordenamento jurídico brasileiro, M. N. CHALHUB (**Negócio Fiduciário**, cit., 2006, p. 66) reconhece a validade dos mesmos ao sustentar que “com base na autonomia da vontade e na liberdade contratual, é lícita a criação de negócios jurídicos inominados, desde que tal criação não afronte o ordenamento jurídico, a ordem pública ou a moral, revestindo-se, portanto, de plena validade e eficácia”. S. DE SALVO VENOSA (**Direito Civil: Direitos Reais**, 6.^a ed., vol. 5, Atlas, São Paulo, 2006, p. 390) comenta que “nunca se negou a possibilidade de conclusão e contrato de fidúcia no direito moderno, como negócio atípico”.

² Sobre o tema, o STJ (4^a Turma, REsp 57991/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, de 29/09/1997, in www.stj.jus.br) manifestou entendimento de que “I – O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega fictícia de um bem, geralmente em garantia, com a condição de ser devolvido posteriormente. II – Reconhecida a validade do negócio fiduciário, o

autonomia da vontade, desde que não caracterizem fraude à lei ou contra credores ou, ainda, não violem norma de ordem pública.

Tendo em vista as peculiaridades inerentes à estrutura dos negócios fiduciários, CHALHUB esclarece que a previsão da fidúcia legal surge justamente da fragilidade e dos riscos³ inerentes a estes tipos de negócios, isto é, “a construção de figuras de natureza fiduciária e sua tipificação legal, ou seja, a fidúcia legal, reveste-se de especial interesse e atende a uma exigência de ordem pública, com vistas à estabilidade das relações jurídicas”⁴.

Assim, para o referido Autor, os negócios fiduciários quando regulamentados pelo direito positivo “passariam a ser tidos como negócios fiduciários impróprios”⁵, nos quais haveria, por força da lei, “a criação de um direito real limitado – a propriedade fiduciária” e a “afetação do património que se constitui com os bens objeto da propriedade fiduciária”⁶, o que permitiria aos mesmos serem usados em larga escala, pois atenderia aos interesses dos credores/fiduciários e também acautelaria com maior eficácia os devedores/fiduciantes.

Em razão das características inerentes à fidúcia legal, especialmente por esta não repousar exclusivamente na confiança depositada no fiduciário, surge o questionamento se tais tipos legais estariam incluídos no rol dos negócios fiduciários. A resposta da doutrina majoritária⁷ revela-se afirmativa, uma vez que o

retorno ao estado anterior é mero efeito da sua declaração e existência, pelo que o bem dado em garantia de débito deve retornar, normalmente, à propriedade do devedor”.

³ Em virtude desta transferência plena do bem ou direito para o património do fiduciário, operada pela estrutura do negócio fiduciário, o fiduciante (que somente possui um vínculo obrigacional com o fiduciário) corre o risco de ser prejudicado por eventuais credores do fiduciário, que poderão se satisfazer através da penhora sobre os bens transferidos ou sofrer as consequências advindas da insolvência do fiduciário, uma vez que os bens transferidos passam a integrar a massa do devedor. Neste caso, O. SOUSA LIMA (**Negócio fiduciário**, cit., p. 146) ressalta que “coerentemente, dão ao fiduciante, na falência do fiduciário, apenas os direitos obrigacionais decorrentes do *pactum fiduciae*, que constituem simples créditos quirografários, sem qualquer eficácia real”.

⁴ M. N. CHALHUB, **Negócio Fiduciário**, cit., 2006, p. 79.

⁵ Consoante denominação dada por M. N. CHALHUB (**Negócio Fiduciário**, cit., 2006, p. 59). Ainda para o Autor, a criação de um direito real limitado (a propriedade fiduciária) permite que a propriedade da coisa ou do direito objeto do negócio ou da garantia se submeta às limitações que estão vinculadas à finalidade convencionada no contrato, operando-se a afetação da coisa ou do direito. Enquanto a afetação do património formado pela coisa ou direito objeto da propriedade fiduciária constitui um património funcionalmente autónomo, um núcleo patrimonial separado em relação aos patrimónios individuais do fiduciante e do fiduciário, existente pelo período que perdurasse a razão de ser da fidúcia.

⁶ M. N. CHALHUB, **Negócio Fiduciário**, cit., 2006, p. 79.

⁷ Em sentido contrário, PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, Tomo III, 2.^a ed., Editora Borsoi, Rio de Janeiro, 1954, p. 118) disserta que “a fidúcia regulada em lei apaga-se de certo modo a si-mesma. Apenas alude a que, nas origens do instituto, ela esteve; não está mais”. Para concluir que “se a lei transforma esse material de confiança, criado no terreno deixado pela autonomia das

elemento confiança não desaparece por completo e ainda a transferência da propriedade do bem ou do direito no seio do negócio se dá com o objetivo de atingir uma finalidade (de administração ou de garantia), com a posterior retransmissão do bem ou direito. Nesse sentido, FIUZA considera “*que a fidúcia, seja típica ou atípica, dirige-se a objetivo diverso do fim natural do contrato de alienação puro e simples*” e conclui que “*mesmo a fidúcia legal se considera negócio fiduciário*”⁸.

A alienação fiduciária em garantia foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 1965, pela lei que veio a regulamentar o mercado financeiro e de capitais⁹. Em 1969, teve sua redação alterada pela mesma norma legal¹⁰ que instituiu as disposições de natureza processual, designadamente o procedimento especial para o processo judicial de recuperação do crédito fundado pela alienação fiduciária em garantia.

Inicialmente, incidia apenas sobre bens móveis infungíveis¹¹, uma vez que tinha por principal objetivo garantir as operações de concessão de crédito para

vontades, e o faz conteúdo de regras jurídicas cogentes, a fidúcia passa a ser elemento puramente histórico do instituto”.

⁸ Cfr. C. FIUZA (**Alienação fiduciária em garantia** (de acordo com a Lei 9.514/97), AIDE, Rio de Janeiro, 2000, p. 16). O Autor exemplifica ao discorrer que na alienação fiduciária em garantia o objetivo da alienação é garantir uma obrigação, o que diverge do fim típico da alienação pura e simples que consiste na transmissão do direito de propriedade (compra e venda, troca ou doação).

⁹ Art. 66, da Lei n.º. 4.728/1965, de 14/07. Em síntese, este dispositivo legal previa que “nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida” (*caput*); “o instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário” (§ 2º, sendo que o § 1º estabelecia os requisitos formais a serem atendidos pelos contratos de alienação fiduciária em garantia); no caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário pode vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda para satisfação do seu crédito, entregando ao devedor eventual saldo remanescente (§ 5º); o proprietário fiduciário poderá reivindicar a coisa do devedor ou de terceiros, no caso de inadimplência do devedor, porém não pode fazer sua a coisa alienada em garantia, sendo nula tal disposição contratual (§ 8º e § 7º, respectivamente). Segundo J. C. MOREIRA ALVES (**Da alienação fiduciária em garantia**, cit., pp. 9-12) o principal propósito da lei foi colocar o instituto à disposição do sistema financeiro e das empresas, para assim favorecer o mercado de capitais. Em consequência disto, justifica-se a introdução da alienação fiduciária em garantia na mesma lei que disciplinou o mercado de capitais. Vale elucidar que, aquando da introdução da figura no ordenamento jurídico, o momento político vivenciado pelo Brasil era a do regime militar, preocupado em estimular o desenvolvimento económico, através de novas garantias para o crédito, que revela mais preocupação em atender os interesses das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, sem contudo demonstrar maiores preocupações com os direitos dos consumidores.

¹⁰ A nova redação dada pelo Decreto-Lei n.º 911/1969, de 01/10 para o art. 66 dispôs que “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 tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”.

¹¹ Quanto ao objeto dos negócios fiduciários, RESTIFFE NETO (**Garantia fiduciária: direito e ações**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, pp. 9-10) afirma que “as coisas fungíveis frustram os

aquisição de utilidades móveis realizadas pelas empresas de crédito, financiamento e investimento¹², com proteção mais segura e efetiva dessas relações comerciais¹³.

Embora os idealizadores da alienação fiduciária em garantia tenham referido que o instituto foi inspirado no *trust receipt*¹⁴, a doutrina aponta que não há grande semelhança entre estas figuras, indicando que existe maior proximidade com ao denominado *chattel mortgage*¹⁵ do direito inglês. Por fim, VENOSA conclui que a alienação fiduciária em garantia do direito brasileiro, apesar de ter sido “*inspirada em outros institutos congêneres*”¹⁶ não se confunde com precisão em qualquer outro, possuindo assim configuração própria.

Considerada como modalidade¹⁷ de negócio fiduciário, a alienação fiduciária em garantia é definida por ORLANDO GOMES como “*o negócio jurídico pela qual o*

pressupostos da edificação do instituto, que não tem previsão legal. Assim, são as coisas infungíveis as únicas que permitem ao fiduciante acreditar na recuperação e que tornam viável a assunção da obrigação de restituir por parte do fiduciário. Elas é que podem, portanto, ser objecto do pacto fiduciário”. Neste sentido, tem-se que a intenção inicial da lei foi atender as exigências do mercado financeiro, concedendo à indústria e ao comércio um instrumento jurídico capaz de facilitar o acesso ao consumo de bens duráveis, com menor risco ao credor/financiador da aquisição (política de desenvolvimento com segurança), como por exemplo de eletrodomésticos, aparelhos eletrônicos, automóveis, caminhões, entre outros.

¹² Sobre a finalidade da alienação fiduciária com função de garantia ver ARNALDO RIZZARDO (**Contratos de crédito bancário**, 3.^a ed., Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1997, p. 320).

¹³ De fato, a referida figura de garantia veio a atender os anseios das entidades financeiras e dos consumidores. Estes porque passaram a obter mais facilmente a concessão de crédito e estavam assegurados da posse da coisa alienada, com permissão de uso e gozo desse bem. Enquanto às entidades financeiras, por possuírem garantia efetiva do ressarcimento do seu crédito (com maior segurança e agilidade daqueles instrumentos de garantia reais mais tradicionais, como por exemplo, a hipoteca e o penhor).

¹⁴ J. C. MOREIRA ALVES (**Da alienação fiduciária em garantia** cit., pp. 31-32) elucida que o *trust receipt* é utilizado para permitir o financiamento de mercadorias, e que nessa “operação, a mercadoria passa, diretamente, da propriedade do vendedor para a do financiador, que a entrega ao comprador (beneficiário do financiamento), recebendo deste um documento (*trust receipt*) no qual, por via de regra, se declara que o comprador possui, em nome do financiador (que pode verificar o uso a ser feito com a coisa, retomando-a a qualquer tempo), a mercadoria adquirida, que será posteriormente, alienada pelo comprador, para, com o produto da venda, ser pago o valor do financiamento”. Assim, o referido Autor destaca que não se confunde a alienação fiduciária com o *trust receipt*, destacando S. DE SALVO VENOSA (**Direito Civil: Direitos Reais**, cit., p. 390) que talvez o único ponto de encontro das figuras está no facto de ambas servirem para o financiamento de bens duráveis.

¹⁵ Também denominado por hipoteca mobiliária, o *chattel mortgage* corresponde a uma espécie de garantia na qual realiza-se a transferência do bem ao credor, por intermédio de um instrumento de venda levado a registo, permanecendo o devedor com a propriedade substancial do bem e a sua posse até o pagamento do débito. Se efetuar o pagamento do débito recupera a propriedade legal da coisa, caso contrário, o credor torna-se proprietário pleno dela. Mais desenvolvidamente ver J. C. MOREIRA ALVES (**Da alienação fiduciária em garantia**, cit., pp. 35-40).

¹⁶ S. DE SALVO VENOSA, **Direito Civil: Direitos Reais**, 6.^a ed., vol. 5, Atlas, São Paulo, 2006, p. 390.

¹⁷ Filiado a doutrina maioritária, M. N. CHALHUB (*Negócio Fiduciário*, cit., 2006, p. 154) enquadra a alienação fiduciária em garantia como modalidade de negócio fiduciário essencialmente porque o fiduciário deve agir com lealdade, procedendo a devolução da propriedade assim que ocorrer a condição suspensiva e a transmissão da propriedade ocorre em dois momentos. No primeiro como garantia ao fiduciário, de forma transitória e temporária; e segundo, se o fiduciante cumprir com as

*devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la*¹⁸.

Melhor explicando, as alienações fiduciárias no direito brasileiro que tenham função de garantia¹⁹ possuem natureza instrumental entre o fiduciante e fiduciário, uma vez que representam um negócio-meio que existe para estabelecer condições e viabilizar a realização de um negócio-fim pretendido pelas partes (como por exemplo, a concessão de crédito). Nessa alienação o credor/fiduciário apenas possui a propriedade resolúvel²⁰ e a posse indireta da coisa alienada, sendo o devedor/fiduciante o possuidor direto e depositário do bem.

Assim, somente com o cumprimento das obrigações que ensejaram a alienação fiduciária em garantia, resolve-se a propriedade a favor do devedor/fiduciante, que volta a ser pleno titular da propriedade do bem objeto da garantia; ou, diante do incumprimento das obrigações, permite que o credor/fiduciário consolide-se como proprietário do bem, em observância a certas restrições, especialmente a necessidade de vender a coisa para satisfação de seu crédito.

De relevância elucidar a distinção entre a alienação fiduciária e a propriedade fiduciária²¹. Em síntese, a primeira é o contrato que serve de título à constituição da segunda.

obrigações assumidas, o bem lhe retornará de forma automática, independentemente de qualquer interpelação.

¹⁸ ORLANDO GOMES, **Alienação fiduciária**, 4.º ed. revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, pp. 62-63.

¹⁹ Sobre as modalidades de alienação fiduciária F. ULHOA COELHO (**Curso de Direito Comercial**, vol. 3, 11.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 149) escreve que “a função econômica do contrato, portanto, pode estar relacionada à viabilização da administração do bem alienado, da subsequente transferência de domínio a terceiros ou, em sua modalidade mais usual, à *garantia* do pagamento de dívida do fiduciante em favor do fiduciário”.

²⁰ Cumpre esclarecer que a propriedade fiduciária, mesmo tendo como característica a resolubilidade para o fiduciário, não se confunde com a propriedade resolúvel disciplinada nos arts. 1359.º e 1360.º do CCB. Isto porque nesta a resolução da propriedade se dá por vontade das partes (que prevêm o implemento de determinada condição ou fixação de certo prazo), enquanto naquela a resolução só ocorre nos termos previstos pela lei. E ainda, na propriedade resolúvel, o proprietário possui todas as faculdades atribuídas à propriedade plena, que encontra-se limitada tão só pela condição resolutiva. Já na propriedade fiduciária, enquanto perdurar a obrigação principal de que é acessória a garantia, o fiduciário não possui todas as faculdades inerentes à propriedade, inclusive não podendo se apropriar do bem no caso de inadimplemento da obrigação, uma vez que está obrigado a proceder a venda da coisa para satisfação do seu crédito. Tem-se assim, que a propriedade fiduciária corresponde a um direito real acessório, limitado e temporário, sendo resolvida caso o devedor fiduciante cumpra a obrigação principal.

²¹ O novo Código Civil Brasileiro (CCB), de 2002, introduziu a propriedade fiduciária no Capítulo IX, do Título III (que trata da propriedade). Antes do referido diploma legal, a propriedade fiduciária era

Isto porque, a alienação fiduciária pressupõe a transferência da propriedade com escopo de garantia por meio de um negócio jurídico obrigacional – um contrato que instrumentaliza o negócio pretendido – que apenas produz efeitos entre as partes contratantes.

Como consequência desta alienação e quando atendidos os requisitos formais exigidos (registro do contrato), surge a propriedade fiduciária, “*direito que configura uma garantia real constituída em favor do credor*”²² para o cumprimento de uma obrigação principal, que produz efeitos *erga omnes*. Trata-se de uma espécie de propriedade²³, limitada pelas restrições impostas por seu próprio conteúdo, em consideração a finalidade pela qual foi constituída e do prazo previamente estabelecido para cumprimento da obrigação principal.

Entretanto, o direito conferido pela propriedade fiduciária difere dos demais direitos reais de garantia, como o penhor e a hipoteca, uma vez que nestes o titular da garantia tem um direito real sobre coisa alheia, enquanto naquela o beneficiário da garantia é titular de um direito real sobre coisa própria²⁴ (muito embora ser esta propriedade limitada em razão da natureza fiduciária do negócio jurídico). Em consequência disto, tem-se que o bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de penhora²⁵ em ação de execução movida por eventuais credores do devedor/fiduciante, uma vez que o bem não integra o património deste.

tratada como alienação fiduciária. Atualmente, em razão da distinção dos conceitos, a alienação fiduciária é utilizada como expressão contratual, mas não do direito que se constitui pelo contrato.

²² Nas palavras de J. C. MOREIRA ALVES (**Da alienação fiduciária em garantia**, cit., p. 41) “a alienação fiduciária em garantia é, tão-somente, o contrato que serve de título à constituição da propriedade fiduciária, que – esta sim, é a garantia real criada, em nosso direito, pelo art. 66 da Lei n.º 4.278, modificado, posteriormente, pelo Decreto-lei n.º 911. Portanto, como ocorre no sistema jurídico brasileiro com as garantias reais até então conhecidas, há, de um lado, o contrato que serve de título a ela (contrato de penhor, contrato de hipoteca, contrato de anticrese, alienação fiduciária em garantia), e, de outro, a garantia real cujo título é um desses contratos (o penhor, a hipoteca, a anticrese, a propriedade fiduciária)”.

²³ Oportuna a colocação de A. CARVALHO NOGUEIRA (“Propriedade fiduciária em garantia: o sistema dicotômico da propriedade no Brasil”, in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 11, n.º 39, 2008, p. 57) de que a despeito do que diz a maioria da doutrina brasileira, a aceitação expressa da propriedade fiduciária em garantia em nosso sistema legal, na forma como é normatizada e aplicação no país atualmente, pressupõe a existência de dois direitos de propriedade distintos e simultâneos, em moldes muito semelhantes ao que ocorre nos sistemas de *common law*, e que, diferentemente do que se tem defendido, tal dicotomia não é em si algo que ofende a lógica dos sistemas jurídicos de base romanísticas”.

²⁴ Neste aspecto ver ORLANDO GOMES, **Alienação fiduciária**, cit., p. 21.

²⁵ Entendimento pacificado pelo STJ (2.ª Turma, REsp 916782/MG, rel. Min. Eliana Calmon, de 21/10/2008).

Destaca-se ainda a existência de outra característica da propriedade fiduciária, em distinção as tradicionais garantias reais (penhor e hipoteca)²⁶, qual seja a de que a lei prevê a afetação patrimonial do bem alienado em garantia, uma vez que em regra tal bem não responde pelos débitos não relacionados à contratação, nem se sujeitam aos efeitos da decretação de falência ou declaração de insolvência do fiduciante ou do fiduciário²⁷.

É o previsto pelas legislações²⁸ no âmbito das alienações fiduciária em garantia tanto de bens móveis quanto imóveis, ou seja, na hipótese de falência ou insolvência do fiduciante pode o proprietário fiduciário requerer a restituição do bem alienado fiduciariamente, para com o produto da venda do mesmo satisfazer o crédito garantido.

Frisa-se que a antiga Lei de Falências era omissa quanto à imunidade do credor fiduciário perante os riscos patrimoniais do devedor, sendo a jurisprudência que ao longo dos tempos firmou posicionamento quanto à não sujeição de tal perante o concurso de credores.

Essa lacuna veio a ser preenchida pela atual Lei de Falências e Recuperação de Empresa²⁹. Assim, houve exclusão dos efeitos da insolvência³⁰ sobre os bens objeto de propriedade fiduciária em geral³¹.

²⁶ Sobre tais garantias reais S. DE SALVO VENOSA (**Direito Civil: Direitos Reais**, cit., p. 511) ressalta que, apesar de terem servido aos financiadores por muito tempo, estas tiveram seu alcance significativamente reduzido por disposições que introduziram preferência a créditos de outra natureza, como os trabalhistas e fiscais.

²⁷ O patrimônio de afetação, também denominado por patrimônio separado ou apartado, caracteriza-se em razão dos elementos que o compõem não se prestarem a garantir obrigações gerais de seu titular, as quais estão sujeitas ao patrimônio ordinário deste. Assim, o patrimônio de afetação responde somente por dívidas próprias, ou melhor, pelas dívidas contraídas na persecução de sua finalidade. Por força do art. 591 do Código de Processo Civil Brasileiro (CPCB) – “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei” – somente à lei compete prever as hipóteses de formação de um patrimônio separado. Neste sentido, as legislações relacionadas à alienação fiduciária em garantia, tanto de bens móveis (art. 7.º do Decreto-lei n.º 911/69) quanto imóveis (art. 32 da Lei n.º 9.514/97), dispuseram sobre a afetação patrimonial do bem alienado para exercer função de garantia.

²⁸ O credor fiduciário pode requerer a restituição da garantia fiduciária na hipótese de insolvência ou falência do fiduciante, uma vez que está amparado pelo art. 7.º do Decreto-lei n.º 911/69, art. 32 da Lei n.º 9.514/97 e arts. 85 e 90 da Lei n.º 11.101/2005, de 09/02.

²⁹ Lei n.º 11.101/2005, de 09/02.

³⁰ Decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 990.09.349619-4/Jundiaí, rel. Des. Kioitsi Chicuta, de 15/07/2010, in www.tj.sp.gov.br).

³¹ Art. 49.º, § 3.º da Lei n.º 11.101/2005, de 09/02: “Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a

No tocante à possibilidade de decretação de falência ou declaração de insolvência do proprietário fiduciário, a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa dispõe que os patrimónios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, terão seus bens, direitos e obrigações separadas dos do falido até o advento do respetivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, devendo o administrador judicial arrecadar o saldo a favor da massa falida ou inscrever em classe própria o crédito que contra ela remanescer³².

Feitas tais considerações gerais, importa elucidar que a propriedade fiduciária em garantia possui fontes e regimes jurídicos distintos³³, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro há disposição da propriedade fiduciária em garantia de bens infungíveis³⁴, aquela concebida no âmbito do mercado financeiro e de capitais³⁵ e ainda aquela prevista para bens imóveis³⁶.

A seguir passa-se a expor as principais características previstas para os tipos de propriedade fiduciária em garantia supra referidas.

3. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE COISA MÓVEL

3.1. A alienação fiduciária em garantia e a propriedade fiduciária prevista pelo Código Civil Brasileiro

O Código Civil Brasileiro (CCB) disciplinou a modalidade de alienação fiduciária que tem por objeto bens móveis infungíveis³⁷. A propriedade fiduciária se constitui com o registo do contrato que deu origem a referida alienação fiduciária em

legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4.º do art. 6.º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”.

³² Art. 119.º, IX, da Lei n.º. 11.101/2005.

³³ A semelhança, MARIA HELENA DINIZ (**Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 4, 25.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 602) e A. CARVALHO NOGUEIRA (“Propriedade fiduciária em garantia: o sistema dicotômico da propriedade no Brasil”, cit., pp. 63-64) ilustram a regulamentação dos regimes e fontes das diversas propriedades fiduciárias em garantia previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

³⁴ Art. 1361.º, do CCB.

³⁵ Art. 66-B da Lei n.º. 4.728/65, acrescentado pela Lei n.º. 10.931/2004.

³⁶ Arts. 22.º a 33.º da Lei n.º 9.514/97.

³⁷ Reza o *caput* do art. 1361.º do CCB que “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

garantia, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou na repartição competente para o licenciamento³⁸, fazendo-se a anotação no certificado de registro³⁹, quando se tratar de veículos. Com a constituição da propriedade fiduciária opera-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direito da coisa⁴⁰. Não há restrição quanto às partes intervenientes no negócio, ou seja, o credor/fiduciário e o devedor/fiduciante podem ser tanto pessoa física⁴¹, como pessoa jurídica⁴².

Geralmente a propriedade fiduciária é constituída para proporcionar ao devedor/fiduciante a possibilidade de adquirir um bem móvel, porém já houve entendimento pacificado pelos Tribunais de que bem já pertencente ao devedor seja objeto de alienação fiduciária⁴³.

São requisitos essenciais ao contrato⁴⁴ conter o total da dívida ou sua estimativa; o prazo ou a época do pagamento; a taxa de juros se houver; e a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

O devedor/fiduciante, antes de vencida a dívida, está autorizado a usar a coisa de acordo com sua destinação, devendo empregar a diligência necessária para a guarda do referido bem. E ainda, em virtude da lei lhe atribuir a qualidade de

³⁸ Em virtude da redação do art. 1361.º, §1º do CCB gerou-se a dúvida quanto à necessidade, no caso de veículos, tanto do registro no Cartório de Títulos e Documentos, como na repartição competente para o licenciamento. Tal tema foi solucionado pela maioria dos Tribunais, inclusive pelo STJ, ao entender que somente o registro na repartição competente para licenciamento do veículo traduz a publicidade que a lei pretendeu objetivar (STJ, 2ª Turma, REsp 770315-AL, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, de 15/05/2006).

³⁹ Sobre a indispensabilidade de registro, frisou a Súmula 92, do STJ, de 03/11/1993: “A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor”.

⁴⁰ Art. 1361.º, § 2.º do CCB.

⁴¹ No Brasil, a expressão “pessoa física” equivale à expressão em Portugal de pessoa singular; enquanto a expressão brasileira “pessoa jurídica” corresponde à expressão portuguesa de pessoa coletiva.

⁴² Antes da entrada em vigor do CCB uma questão que foi bastante debatida, entre a doutrina e a jurisprudência, era a natureza bancária das alienações fiduciárias que reservaria tão somente as instituições financeiras a possibilidade de atuar como credores nesses negócios jurídicos. O CCB não traz nenhuma menção quanto à qualidade do credor, dando permissivo para o entendimento de que qualquer pessoa capaz pode figurar como credor. Já nesse sentido entendia F. ULHOA COELHO (**Curso de Direito Comercial**, cit., p. 151), ao afirmar que “tenho por melhor entendimento sobre o assunto, contudo, que o contrato não é exclusivo de banco, podendo qualquer credor garantir-se por este instrumento”.

⁴³ Súmula 28, do STJ, de 08/10/1991: “O contrato de alienação em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

⁴⁴ Nos termos do art. 1362.º do CCB.

depositário, o devedor/fiduciante assume também os riscos pela perda e deteriorização da coisa⁴⁵.

Paga a dívida, resolve-se a propriedade a favor do devedor/fiduciante⁴⁶. No caso de inadimplência pelo devedor/fiduciante, este tem duas opções.

A primeira é entregar a coisa ao credor/fiduciário, o qual não poderá por vontade própria ficar com o bem, tendo em vista a proibição do pacto comissório⁴⁷. Dessa forma, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, o bem a terceiros e aplicar o produto da venda para pagamento de seu crédito⁴⁸.

Caso haja saldo positivo da venda da coisa, após pagamento integral da dívida e demais despesas, deve o credor entregar o excedente para o devedor. Entretanto, se o saldo for negativo, o devedor ainda ficará responsável pelo valor restante⁴⁹. A segunda opção trazida pelo diploma legal é inovadora, pois permite a dação em pagamento, se houver a anuência do credor e se ocorrer após o vencimento da obrigação⁵⁰.

Podem ainda o avalista, fiador e terceiro, interessado ou não, pagarem a dívida, operando-se assim a sub-rogação de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária, com os mesmos direitos do credor/fiduciário⁵¹.

Por fim, o CCB dispõe⁵² que as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária se submetem às disposições previstas nas legislações especiais, aplicando-se somente as normas estabelecidas por este diploma legal naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

⁴⁵ Art. 1363.º do CCB.

⁴⁶ Importa frisar que a condição resolutiva da propriedade tem efeito retroativo, cfr. art. 1361.º, § 3.º do CCB.

⁴⁷ Instituída pelo *caput* art. 1365.º do CCB: “É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”.

⁴⁸ Art. 1364.º do CCB.

⁴⁹ Art. 1366.º do CCB.

⁵⁰ “O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta” (art. 1365.º, parágrafo único do CCB).

⁵¹ Art. 1368.º do CCB.

⁵² Art. 1368.º-A do CCB. Salienta-se que o referido diploma legal estabelece para a propriedade fiduciária a aplicação de regras previstas para os direitos reais de garantia sobre coisa alheia, conforme o art. 1367.º do CCB (que remete aos arts. 1421.º, 1425.º, 1426.º, 1427.º e 1436.º do CCB, que em síntese, aludem, respectivamente, que o pagamento parcial da dívida não extingue a garantia; as hipóteses de vencimento antecipado da dívida e não aplicação de juros; disposição que, em regra, exclui a obrigação de terceiro que presta garantia real por dívida alheia substituir ou reforçar tal garantia, quando sem culpa sua o bem se perca, deteriore ou desvalorize; e aplicação das regras de extinção disciplinadas para o penhor).

3.2. A alienação fiduciária em garantia e a propriedade fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais

A Lei de Mercado Financeiro e de Capitais⁵³ regula a propriedade fiduciária de coisa móvel fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisa móvel⁵⁴, além de títulos de crédito. Estabelece ainda que o contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do referido mercado ou em garantia de créditos fiscais ou previdenciários, deve conter, além dos requisitos elencados pelo CCB, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária e as demais comissões e encargos.

Destaca-se que a alienação fiduciária realizada no cerne do mercado financeiro e de capitais tem como principais características: a) a qualificação do credor/fiduciário, que deve ser sociedades de créditos, financiamento e investimento, com funcionamento autorizado e fiscalizado pelo Banco Central do Brasil (BCB)⁵⁵; b) em geral, será um contrato de adesão⁵⁶; e c) o devedor/fiduciante pode ser tanto pessoa física quanto jurídica, com especial disposição de que nem sempre o mesmo ficará com a posse direta do bem.

Isto porque, para os bens móveis fungíveis e para os títulos de crédito a lei determinou que a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, salvo disposição em contrário⁵⁷.

⁵³ Com as significativas alterações introduzidas pela Lei n.º 10.931/04, de 02/08.

⁵⁴ Atual redação do art. 66.º-B da Lei n.º 4.728/65, de 14/07, após alteração da Lei n.º 10.931/04, de 02/08.

⁵⁵ Cfr. ARNALDO RIZZARDO (**Contratos de crédito bancário**, cit., p. 326).

⁵⁶ Em observância à função social do contrato (prevista pelo art. 421.º do CCB: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”), bem como sujeito à aplicação do art. 426.º do CCB (“Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”), além das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC), quando se tratar de relação de consumo, ou seja, sendo as partes contratantes alguma daquelas previstas por esta lei (quando o devedor/fiduciante for o destinatário final do bem objeto do contrato e quando o credor/fiduciário se enquadre na definição de fornecedor prevista pelo referido diploma legal). Vale lembrar que o STF, através da Súmula 297, de 09/09/2004, pacificou o entendimento de que: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

⁵⁷ Art. 66.º-B, § 3.º da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965. Acresce informar que o § 1.º do referido diploma legal prevê que, no caso do objeto da propriedade fiduciária não se identificar por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária em garantia, incumbe-se ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontrem em poder do devedor. E ainda, a lei prevê a sujeição à pena estabelecida pelo art. 171, § 2.º, I, do Código

Salvo disposições em contrário estabelecidas pelas partes, no caso de incumprimento das obrigações, o devedor terá que entregar o bem ao credor, o qual deverá vendê-lo a terceiro, independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, com posterior entrega ao devedor do saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

3.3. Normas processuais aplicáveis para efetivação da garantia

Precipualemente, cumpre esclarecer que o incumprimento ou mora do devedor/fiduciante das obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, que opera a antecipação do vencimento do contrato, quando ocorra a entrega do bem alienado para o credor/fiduciário, recai sobre este a obrigação de vender⁵⁸, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, aplicando o produto resultante da venda para satisfação de seu crédito e das despesas para cobrança, devendo ainda entregar ao devedor eventual saldo remanescente. Ou ainda, se o resultado da venda não for suficiente para satisfazer todo o crédito, poderá o credor/fiduciário proceder a cobrança do que faltar⁵⁹.

Salienta-se que na venda extrajudicial, o credor/fiduciário deve necessariamente realizá-la por um preço justo, uma vez que – se se proceder à venda por valor inferior ao real – pode caracterizar abuso de direito, estando assim sujeito a responder por perdas e danos⁶⁰.

Penal, para o devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, a coisa que já alienara fiduciariamente em garantia (art. 66.º-B, § 2.º da referida lei).

⁵⁸ Art. 1364.º do CCB e art. 2.º do Decreto-lei n.º 911/69.

⁵⁹ Em relação à cobrança do restante, surgem duas problemáticas: uma relativa a forma de cobrança e outra concernente à existência da responsabilidade dos garantes pelo saldo negativo. Sobre a forma de cobrança, ela deve ser feita através de uma ação autónoma de execução, sendo que o credor/fiduciário somente legitima seu título executivo, após prestação de contas, avaliação judicial do bem ou concordância do devedor em relação ao valor. Sobre esta questão, ver a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, Apelação Cível n.º 2006.043120-3/Jaraguá do Sul, rel. Des. Carstens Kohler, de 11/04/2008, in www.tj.sc.gov.br). Relativamente à responsabilidade dos garantes, entende-se que após a venda extrajudicial do bem garantido em alienação fiduciária, não tendo sido o garante cientificado acerca da alienação, a obrigação de pagamento do saldo é pessoal do devedor. Nestes termos, ver o entendimento do STJ (4ª Turma, REsp 749.199/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, de 25/03/2011).

⁶⁰ TJSC, Agravo de Instrumento n.º 2002.021100-7/Tangará, rel. Des. Torres Marques, de 14/11/2002.

Não havendo a entrega da coisa objeto da alienação fiduciária, caberá ao credor/fiduciário valer-se dos meios processuais cabíveis para obtenção da posse e excussão do bem. O credor também pode valer dos meios processuais para execução de seu crédito⁶¹.

Em matéria processual e especificamente sobre a alienação fiduciária em garantia de bens móveis, o Decreto-lei n.º 911/1969, de 01/10 dispõe de ágeis meios para efetivação da garantia (como a ação de busca e apreensão, de rito especial; a consolidação da propriedade; e a ação de depósito). Entretanto, tais meios processuais são apenas manejáveis quando o fiduciário for uma das entidades que operam no mercado financeiro e de capitais ou pelo poder público (fisco e previdência)⁶². Desta forma, aos demais credores subsiste a utilização das vias processuais do procedimento comum⁶³ (ordinário ou sumário, em razão do valor).

Tendo em vista a especialidade legal quanto aos procedimentos processuais para efetivação da garantia sobre bens móveis, passa-se a discorrer sobre as disposições do referido decreto.

3.3.1. Busca e apreensão

O proprietário fiduciário ou credor está autorizado a requerer a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, seja contra o devedor ou terceiro⁶⁴. Tal ação de busca e apreensão trata-se de processo autónomo e independente de qualquer outro procedimento posterior, daí a particularidade estabelecida pelo diploma legal.

⁶¹ Ao credor/fiduciário é facultado a possibilidade de proceder à execução por quantia certa, embora dificilmente recorra a essa opção quando, em alternativa, encontra-se autorizado a valer-se dos meios mais ágeis e eficazes previstos pelo procedimento especial estabelecido pelo Decreto-lei n.º 911/69.

⁶² Art. 8.º-A do Decreto-lei n.º 911/69, após alteração introduzida pela Lei n.º. 10.931/04. Nestes termos ver F. ULHOA COELHO (**Curso de Direito Comercial**, cit., p. 151) e ARNALDO RIZZARDO (**Contratos de crédito bancário**, cit., p. 321). Este último Autor, quando à restrição da aplicação desta norma, ao referir os entendimentos dos Tribunais, pontua que “o argumento restritivo está baseado em que estas entidades operam com a poupança popular. E esta é que deve ter garantia eficiente e imediata, através dos dispositivos com que a lei armou o novo instituto da alienação fiduciária em garantia, de modo que, protegendo interesses maiores, fica o instituto reservado a estas instituições, estendido aos consórcios, pela mesma razão, porque também congregam a poupança comum”.

⁶³ Cfr. F. ULHOA COELHO (**Curso de Direito Comercial**, cit., p. 15) e ARNALDO RIZZARDO (**Contratos de crédito bancário**, cit., p. 329).

⁶⁴ Art. 3.º do Decreto-lei n.º 911/69. A busca e apreensão em face do terceiro se dará caso lhe tenha sido transferida a posse direta do bem.

Na petição inicial para requerer a busca e apreensão, a coisa deverá ser individualizada, com o valor da dívida pormenorizada, e informação do vencimento, estando acompanhada do contrato e da prova da ocorrência da mora⁶⁵. Além disso, no pedido o autor deve manifestar sua intenção de vender o bem alienado para respectivo pagamento de seu crédito.

Presentes os requisitos legais exigíveis, o juiz, liminarmente e sem audiência do réu, defere⁶⁶ a busca e apreensão do bem, sendo que no prazo de cinco dias após executada tal liminar, consolida-se⁶⁷ a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no património do credor/fiduciário. Feita a busca e apreensão, pode o devedor proceder das seguintes formas: a) no prazo dos cinco dias supra referido, pode efetuar o pagamento da integralidade⁶⁸ da dívida pendente segundo os valores apresentados pelo credor/fiduciário, sendo-lhe restituído o bem livre de quaisquer ónus⁶⁹; ou b) apresentar resposta⁷⁰ no prazo de quinze dias, contados da juntada do mandado positivo da liminar de busca e apreensão.

Da sentença que julgar o pedido de busca e apreensão cabe recurso de apelação, que somente poderá ser recebido no efeito devolutivo⁷¹. Dessa forma, mesmo sem o trânsito em julgado, a sentença de procedência autoriza a venda do bem e a de improcedência, a devolução da coisa apreendida.

Diante disso, ressalta-se que no caso de improcedência da ação, o juiz condenará o credor/fiduciário que já tenha alienado o bem ao pagamento de multa

⁶⁵ A mora do devedor/fiduciante decorre do simples vencimento do prazo para pagamento da dívida. Entretanto, deve ser provada por carta registada expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, nos termos do art. 2.º, § 2.º do Decreto-Lei n.º 911/69. Nesse sentido, a Súmula 72, do STJ, de 20.04.1993: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”.

⁶⁶ O deferimento da apreensão da coisa corresponde a decisão interlocutória, contra a qual cabe agravo de instrumento, quando a decisão for suscetível de lesão ou de difícil reparação (ainda como meio de defesa, na ausência de qualquer outro recurso imediato, cabível o mandado de segurança, com pedido de efeito suspensivo).

⁶⁷ Consoante o art. 3.º, § 1.º do Decreto-Lei n.º 911/69, sendo que consolidada a propriedade, caberá às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registo de propriedade em nome do credor, sem constrição relativamente à propriedade fiduciária.

⁶⁸ Tal não é o entendimento do STJ, que entende que o objeto de purgação se restringe às prestações vencidas, com os acréscimos contratuais, sem inclusão no cálculo os honorários advocatícios. (STJ, 4ª Turma, REsp 882384/GO, rel. Min. João Otávio de Noronha, de 01/03/2010).

⁶⁹ Art. 3.º, § 2.º do Decreto-Lei n.º 911/69.

⁷⁰ Em sede de defesa não existe qualquer restrição ao que pode ser alegado pelo devedor/alienante, até porque esta ação de busca e apreensão é tratada como ação principal e autónoma. E ainda, é nesta resposta que o devedor que tenha procedido nos termos do Art. 3.º, § 2.º do Decreto-Lei n.º 911/69 deverá requerer restituição do que entenda ter pago a maior (§ 4.º do mesmo dispositivo legal).

⁷¹ Art. 3.º, § 5.º do Decreto-Lei n.º 911/69.

correspondente a 50% do valor financiado, a favor do devedor/fiduciante, havendo também possibilidade de responsabilização do credor por perdas e danos⁷². Assim, a venda antecipada do bem, ou seja, antes do trânsito em julgado da decisão sobre a busca e apreensão, corre por conta e risco do credor/fiduciário.

Caso o devedor/fiduciante seja revel, não efetue o pagamento ou ainda se por sua defesa não ocorra o convencimento do julgador, em nenhuma hipótese pode o credor/fiduciário ficar com o bem apreendido, em razão da proibição do pacto comissório. Deve dessa maneira, proceder à venda da coisa para saldar a dívida, independentemente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial⁷³, exceto se não tiver sido acordada disposição em contrário pelas partes no contrato.

Como já referido, realizada a venda e havendo saldo positivo, deverá o credor/fiduciário entregá-lo ao devedor/fiduciante. No caso de saldo negativo poderá proceder à cobrança do restante.

3.3.2. Conversão da busca e apreensão em depósito

Caso o bem alienado não seja encontrado ou não se achar na posse do devedor, para a devida apreensão, o que suspende o processo, tendo em vista que o desaparecimento do bem frustra as finalidades da garantia, pode o autor da ação requerer a conversão da busca e apreensão em pedido de restituição de coisa depositada, com as consequências do depósito⁷⁴.

No passado, tal conversão era forma do credor/fiduciário coagir o devedor/fiduciante a proceder a entrega do bem, essencialmente pela possibilidade do autor requerer a prisão civil do devedor, por caracterizada a posição de depositário infiel, prevista pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB)⁷⁵.

No entanto, após longo período de discussões nos tribunais, em especial ao questionamento quanto a posição hierárquica de tratados internacionais sobre

⁷² Art. 3.º, §§ 6.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 911/69, respectivamente.

⁷³ Contudo, como já referido, deve o credor/fiduciário realizar a venda por preço justo, sob pena de responder por perdas e danos (art. 3.º, § 7.º do Decreto-Lei n.º 911/69).

⁷⁴ Art. 4.º do Decreto-Lei n.º 911/69

⁷⁵ Art. 5.º, LXVII da CRFB: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

direitos humanos, no âmbito da pirâmide jurídica do país, o Supremo Tribunal Federal (STF)⁷⁶ consolidou o entendimento quanto à ilicitude da prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Assim, não cabendo mais tal coação em face do devedor/fiduciante.

4. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL

A alienação fiduciária de coisa imóvel foi instituída pela Lei n.º. 9.514/97⁷⁷, sendo garantia que constitui direito real⁷⁸, estabelecida pela propriedade fiduciária.

O contrato de alienação fiduciária, a ser lavrado por escritura pública⁷⁹ ou instrumento particular, poderá ser firmado por qualquer pessoa física ou jurídica, não sendo preciso que se trate de entidades que operam junto ao Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), em atendimento aos requisitos previstos em lei⁸⁰, que se assemelham àqueles descritos para bens móveis.

A propriedade fiduciária será constituída com o registro⁸¹ no Cartório de Registro de Imóveis competente, operando-se assim os desdobramentos da posse, isto é, o fiduciante torna-se possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

Com o pagamento da dívida e seus encargos pelo devedor/fiduciante resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel a favor deste, devendo o credor/fiduciário fornecer o respetivo termo de quitação ao devedor no prazo de trinta dias, estando sujeito à multa⁸² para o caso de não cumprimento deste prazo. Com o termo de

⁷⁶ Súmula Vinculante n.º 25, do STF, de 23/12/2009: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

⁷⁷ Arts. 22.º a 33.º, após as alterações trazidas pela Lei n.º. 11.481/07, de 31/05.

⁷⁸ Arts. 17.º, § 1.º da Lei n.º. 9.514/97.

⁷⁹ Cfr. art. 108.º do CCB, o qual dispõe que “Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”. Assim, os bens imóveis com valor inferior aos referidos pelo CCB ou quando previstos em lei, podem ser realizados mediante instrumento particular.

⁸⁰ Art. 24.º da Lei n.º. 9.514/97.

⁸¹ A lei fixa como multa o valor equivalente a meio por cento ao mês sobre o valor do contrato (art. 25.º).

⁸² Em plena consonância a norma geral estabelecida pelo art. 1227.º do CCB (“Os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por atos entres vivos, só se adquirem com o registro no Cartório

quitação o oficial do Registo de Imóveis efetuará o cancelamento do registo da propriedade fiduciária.

Entretanto, a inadimplência do devedor/fiduciante, após sua constituição em mora, tem por consequência a consolidação da propriedade no credor/fiduciário⁸³.

Referida consolidação se dá por procedimento administrativo, da seguinte forma: i) o credor requer ao oficial do Registo de Imóveis que intime o devedor para, no prazo de quinze dias, quitar a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, com demais encargos, inclusive tributos e contribuições condominiais imputáveis ao imóvel; ii) a intimação deverá ser feita pessoalmente ao devedor (caso este encontrar-se em lugar incerto ou não sabido, é possível a intimação por edital, que deverá ser publicado por três vezes); iii) purgada a mora, revalida-se o contrato, devendo em três dias o oficial do Registo de Imóveis entregar ao credor as importâncias recebidas, com a devida dedução das importâncias relativas as despesas de cobrança e intimação; iv) não havendo purgação da mora, o oficial do Registo de Imóveis certificará esse facto e promoverá a averbação, na respetiva matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do credor, ocasião em que este deve comprovar o pagamento do imposto de transmissão de bens⁸⁴; v) é permitido ainda que o devedor, após anuência do credor, dê a este seu direito eventual ao imóvel como forma de pagamento da dívida.

Na sequência do acima referenciado, importa destacar que o devedor/fiduciante, até a data em que o credor/fiduciário vier a ser imitado na posse do bem, responde pelo pagamento dos impostos⁸⁵, taxas, contribuições condominiais e todos os demais encargos que recaiam sobre o imóvel.

Consolidada a propriedade a favor do credor, deverá este proceder à venda do bem no prazo de trinta dias, contados do registo, através de público leilão, que a princípio é extrajudicial (salvo se as partes dispuseram no contrato que a venda seja feita judicialmente).

de Registo de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código”).

⁸³ Art. 26.º da Lei n.º. 9.514/97.

⁸⁴ Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

⁸⁵ Art. 27.º, § 8.º da Lei n.º. 9.514/97. Sobre a matéria, o Código Tributário Nacional (CTN) prevê que “o imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município” e “o contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título” (art. 34.º).

Se no primeiro leilão não for atingido o valor do imóvel estipulado no contrato, em quinze dias deverá ser realizado o segundo leilão. Nesse, será aceite o maior lance desde que igual ou superior ao valor da dívida, acrescida das despesas (inclusive, o credor/fiduciário não está impedido de fazer lançamento de proposta para aquisição do imóvel no segundo leilão).

Realizada a venda e havendo saldo positivo, o credor deverá o entregar ao devedor no prazo de cinco dias, com recíproca quitação. Frustrado o segundo leilão, o procedimento encerra-se com a consolidação da propriedade no credor e com a extinção da dívida para o devedor⁸⁶.

É possível a cessão do crédito pelo credor, porém o devedor/fiduciante somente poderá ceder seus direitos sobre o imóvel, com plena sub-rogação do cessionário, se houver anuência do credor⁸⁷.

Detentor da propriedade o credor/fiduciário (ou seu sucessor, cessionário ou adquirente) poderá requerer a reintegração da posse do imóvel⁸⁸, que deverá ser atendida liminarmente, no prazo de sessenta dias para desocupação.

Pode o fiador ou terceiro interessado pagar a dívida, os quais ficam sub-rogados nos direitos do fiduciário⁸⁹. Por fim, no caso de declaração de falência ou insolvência do fiduciante, o imóvel será restituído ao fiduciário, que deverá seguir o mesmo procedimento de venda do imóvel para recebimento do seu crédito⁹⁰.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por principal pretensão tratar dos principais aspectos de uma das modalidades de negócios fiduciário, qual seja a alienação fiduciária com função de garantia.

⁸⁶ Tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro veda o pacto comissório, ressalta-se que a consolidação da propriedade plena na pessoa do fiduciário (quando frustrado o segundo leilão) não terá validade se for desproporcional entre o valor do bem dado em garantia e o montante devido, já que acarretaria enriquecimento ilícito do credor. Assim, em observância as normas de ordem pública, para a consolidação da propriedade nestas hipóteses, o credor é compelido a restituir ao devedor a diferença do valor do bem em garantia e o montante efetivamente devido (seria assim a aplicação do chamado pacto marciano). Neste sentido, é esclarecedora a decisão proferida pelo TJSP, Apelação n.º 992.06.078122-9/São Paulo, rel. Des. Francisco Casconi, de 08/01/2010, in www.tj.sp.gov.br.

⁸⁷ Arts. 28.º e 29.º da Lei n.º. 9.514/97.

⁸⁸ Art. 30.º da Lei n.º. 9.514/97.

⁸⁹ Art. 31.º da Lei n.º. 9.514/97.

⁹⁰ Art. 32.º da Lei n.º. 9.514/97.

No ordenamento jurídico brasileiro, a alienação fiduciária em garantia foi introduzida em 1965. Inicialmente, tinha por objeto apenas bens móveis, passando posteriormente a ser aplicável também sobre bens imóveis.

Ao longo dos anos, a utilização prática da figura ensejou inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, as quais motivaram revisões legislativas para reestruturação da figura em termos que permitisse o seu uso em larga escala.

Atualmente, o regime jurídico da alienação fiduciária prevista pelo direito brasileiro com a posterior constituição da propriedade fiduciária, corresponde a uma figura com particularidades próprias, mas que de fato atendem simultaneamente às necessidades reclamadas por sua sociedade e exerce de forma eficiente a função de garantia, em atendimento às exigências da sua economia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA, **Alienação fiduciária em garantia**, Millenium, Campinas, 1998.

_____. Direito Romano, vol. I, 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1999

ALVES, VILSON RODRIGUES, **Da alienação fiduciária em garantia**, Saraiva, São Paulo, 1973.

ALVIM NETO, JOSÉ MANUEL DE ARRUDA. Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica; características, *in* **Revista de Direito Privado**, ano 1, n.º 2, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

BEZERRA FILHO, MANOEL JUSTINO, **A execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel**: exame crítico da lei n. 9.514, de 20.11.1997, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

BULZOID, ALFREDO. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia**: Lei n. 4728, art. 66, ACREFI, São Paulo, 1969.

CHALHUB, MELHIM NAMEM, **Da incorporação imobiliária**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____. **Negócio Fiduciário**, 2.^a ed., Renovar, São Paulo, 2006.

COELHO, FÁBIO ULHOA. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**: Lei n. 11.101, de 9-2-2005, 3.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2005

_____. **Curso de Direito Comercial**, vol. 3, 11.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2010

DANTZGER, AFRANIO CARLOS CAMARGO. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. Método, São Paulo, 2007.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Alienação fiduciária de bens imóveis, *in* **Revista de Direito Imobiliário**, Ano 24, n.º 51, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 4, 25.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2010.

FELICIANO, GUILHERME GUIMARÃES. **Tratado de alienação fiduciária em garantia**: das bases romanas à Lei n. 9514/97, Editora LTR, São Paulo, 1999.

FIUZA, CÉSAR. **Alienação fiduciária em garantia** (de acordo com a Lei 9.514/97), AIDE, Rio de Janeiro, 2000.

GOMES, ORLANDO. **Alienação fiduciária**, 4.^o ed. revista e ampliada, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975.

LIMA, FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**, 4.^a ed., revista e atualizada, Juruá Editora, Curitiba, 2009.

LIMA, OTTO SOUSA. **Negócio fiduciário**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1962.

MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE. **Tratado de Direito Privado**, Tomo III, 2.^a ed., Editora Borsoi, Rio de Janeiro, 1954.

NOGUEIRA, ANDRÉ CARVALHO. “Propriedade fiduciária em garantia: o sistema dicotômico da propriedade no Brasil”, in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 11, n.º 39, 2008.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. **Instituições de direito civil**, vol. III, 12.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2005.

PEREIRA, HÉLIO DO VALLE. **A nova alienação fiduciária em garantia**: aspetos processuais, 2.ª ed., Conceito Editorial, Florianópolis, 2008.

RIZZARDO, ARNALDO. **Contratos de crédito bancário**, 3.ª ed., Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1997.

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

RESTIFFE NETO, PAULO SÉRGIO. **Alienação fiduciária e o fim da prisão civil**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil**: direito das coisas, vol. 5, 28.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003.

ROQUE, SEBASTIÃO JOSÉ. **Da alienação fiduciária em garantia**, 1.ª ed., Ícone, São Paulo, 2010.

SAAD, RENAN MIGUEL. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis**, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

SANTOS, ERNANE FIDÉLIS DOS. **Manual de Direito Processual Civil Procedimentos Especiais**, vol. 3, 5.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007.

SANTOS, FRANCISCO JOSÉ REZENDE DOS. O mercado de Crédito Imobiliário, a Alienação Fiduciária e o Registro de Imóveis. **Banco Central do Brasil**, 2010, disponível em www.bcb.gov.br/pre/...3.../2010_3_18_painel_v_francisco_rezende.pdf. Acesso em 14/05/2013.

SILVA, LUIZ AUGUSTO BECK. **Alienação fiduciária em garantia**, 5.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2001.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. **Direito Civil: Direitos Reais**, 6.^a ed., vol. 5, Atlas, São Paulo, 2006.

TERRA, MARCELO. **Alienação fiduciária de imóvel em garantia** (lei nº 9.514/97, primeiras linhas). Instituto de Registro Imobiliário no Brasil, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

WALD, ARNOLDO, “Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de banco de desenvolvimento”, *in* **Revista de Direito Imobiliário**, Ano 24, n.º 51, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.