

A alienação fiduciária em garantia e a Lei nº 10.931, de 02.08.2004

Nelson Rodrigues Netto

Advogado em São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação dos Advogados de São Paulo. Doutorando, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU.

I – Introdução

O desenvolvimento das atividades de produção, com altíssimos níveis de resultado propiciou o surgimento de uma sociedade de consumo em massa.

A crescente procura por bens demandou um crescimento da oferta de crédito e especialização de formas para garanti-lo, posto que as clássicas garantias reais existentes no ordenamento positivo - hipoteca, penhor e anticrese - já não mais satisfaziam.

Note-se, todavia, que a utilização do direito de propriedade com o escopo de garantia já era encontrado na Roma antiga, na figura da *fidúcia*.¹

E, foi nesse ambiente que se criou no Brasil a propriedade fiduciária com a finalidade de garantia de crédito para a aquisição do próprio bem.

¹ Sua origem remota, como destaca Paulo Restiffe Netto, encontra-se na Lei das XII Tábuas, in, *Garantia Fiduciária: direito e ações*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1977, p. 1.

Atualmente, o Código Civil regula, como norma geral, a propriedade fiduciária de bem móvel infungível, em seus artigos 1361 a 1368, no último capítulo do Título X - Da Propriedade, do Livro III – Do Direito das Coisas, de sua Parte Geral.

O *caput* do artigo 1361, do Código Civil, conceitua a propriedade fiduciária, *in verbis*:

“Artigo 1.361 - Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”

É de se notar que o legislador se olvidou da existência da propriedade fiduciária de bem imóvel, conforme previsão da cabeça do artigo 22, da Lei nº 9.514/97, que reproduzimos a seguir:

“Artigo 22 - A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

Originariamente, a alienação fiduciária em garantia foi instituída em nosso sistema jurídico pelo artigo 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que em meio ao período pós-revolucionário de 64, disciplinou o mercado de capitais e estabeleceu medidas para seu desenvolvimento.

Todavia, logo de início, a utilização da garantia mostrou-se controvertida em virtude de imprecisões técnico-terminológicas.

Dentre várias questões, suscitou-se: (i) se o devedor era possuidor ou mero detentor por causa da expressão “...continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente...”; (ii) qual o meio de obter o bem das mãos do devedor, pois a lei falava que o proprietário fiduciário poderia “...reivindicá-la do devedor ou de terceiros...”, donde surgiram diversas correntes: ação de reivindicação; ação de reintegração de posse; ação de imissão na posse; ação relativa às vendas com reserva de domínio (CPC/1939) e ação de depósito.

Em virtude disto, foi promulgado o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, cuja exposição de motivos é da lavra do então Ministro da Fazenda Antonio Delfim Netto, derogando o artigo 66 da Lei nº 4.728/65, reestruturando-o e saneando as divergências surgidas da aplicação do novel instituto.

Recentemente, a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, sem observar a melhor técnica legislativa, alterou o título da Seção XIV da Lei nº 4.728/65, que passou a disciplinar *exclusivamente* a alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais. Inseriu-se apenas um dispositivo, o artigo 66-B, derogando-se o artigo 66, que tinha redação dada pelo Decreto-lei nº 911/69, e o artigo 66-A, inserido na citada lei pela Medida Provisória nº 2.160-25, de 23.08.2001.

Melhor teria sido se o legislador, ao derogar ambos os artigos 66 e 66-A, simplesmente mantivesse o artigo 66, com nova redação, não havendo necessidade de ter se valido do acréscimo da letra B, já que por força da atual lei somente existe um preceptivo na mencionada seção.²

² Reproduzimos a alteração citada no texto: "Seção XIV - Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais.

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

III – A visão doutrinária

Preleciona o ilustre ministro José Carlos Moreira Alves que os autores intelectuais do projeto do Decreto-lei nº 911/69, José Luiz Bulhões Pedreira e George Siqueira, secundaram duas correntes diferentes, com intuito de indicar a origem da alienação fiduciária em garantia.³

José Luiz Bulhões Pedreira, defendendo que a alienação fiduciária corresponderia ao *trust receipt* anglo-saxão, assim manifestara-se:

“A alienação fiduciária em garantia corresponde ao *trust receipt*, amplamente utilizado nos países anglo-saxões, pelo qual o devedor transfere fiduciariamente o domínio da coisa, para que esta sirva de garantia. Ele difere do penhor em que transfere o próprio domínio, e não apenas constitui um direito real de garantia, e em que pode ser constituído

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º 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, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária 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, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

§ 5º Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 6º Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002”.

independentemente da tradição da coisa, e inclusive enquanto esta se encontra em poder do devedor, o qual, neste caso, tem as responsabilidades de depositário”.⁴

Nesta mesma linha de raciocínio, encontrava-se Darcy Bessone, para quem “a chamada alienação fiduciária em garantia foi introduzida no direito positivo brasileiro através da emenda ao projeto que se converteu na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Ela pretendeu importar, do direito inglês, o *trust receipt*”.⁵

Por seu turno, George Siqueira, justificando a origem da alienação fiduciária em garantia no negócio fiduciário, asseverava:

“Cremos, porém, que não se faz necessário recorrer ao direito anglo-saxônio e sim retomar às prístinas e ricas fontes romanísticas. Nelas vamos encontrar o instituto do negócio fiduciário, que incorporamos ao nosso direito positivo na presente emenda”.⁶

Na mesma linha de pensamento, Orlando Gomes que, após analisar os pontos de contato da alienação fiduciária com o *trust receipt*, acolhe a tese de que sua origem remonta ao negócio fiduciário de tipo romano, ao expor:

³ *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, introdução itens 3 e 5.

⁴ *Apud* Cândido Camargo, *Da alienação fiduciária em garantia e fundos contábeis de natureza financeira face à Lei de Mercado de Capitais*, in, Arquivos do Ministério da Justiça, vol. 103, set/1967.

⁵ *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 389.

⁶ *Apud* Cândido Camargo, *ob. cit.*, p. 39.

“Pelo *trust receipt* não se financiam os consumidores, nem se estabelecem os mesmos vínculos da nova figura jurídica do direito pátrio, que tende, **manifestamente**, para o negócio fiduciário de tipo romano, distinto do anglo-saxônico”. (grifo nosso)⁷

Ainda, dentre os comentadores do instituto, Paulo Restiffe Neto reputa a alienação fiduciária uma “espécie do gênero *negócio fiduciário*, guardando os traços comuns deste”.⁸

De outra sorte, José Paulo Cavalcanti defende outra concepção, entendendo que a própria alienação fiduciária em garantia nada mais seria que um penhor, pois, para o referido autor, não há qualquer transferência de propriedade, não havendo o que se falar em propriedade fiduciária, nem tampouco propriedade resolúvel.⁹

Historicamente, verifica-se que em 1880, o autor alemão Regelsberger desenvolveu uma teoria sobre o negócio fiduciário, cujo cerne encontrava-se na desproporção entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico por elas empregado.¹⁰

Posteriormente, outro jurista tedesco, Goltz, modelou a estrutura do negócio jurídico fiduciário através da conjugação de dois contratos: um *real positivo*, em virtude do qual se dá a transferência normal do direito de propriedade ou do direito de crédito; outro, *obrigatório negativo*, resultando na

⁷ *Alienação Fiduciária em garantia*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1971, p. 19.

⁸ *Garantia Fiduciária: direito e ações*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1977, p. 86.

⁹ *O penhor chamado alienação fiduciária em garantia*.

¹⁰ *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, apud Moreira Alves, ob. cit., p. 25/6.

obrigação para o fiduciário de, após exaurir sua finalidade, devolver o direito transferido ao fiduciante.¹¹

A tal concepção do negócio fiduciário denominou-se *dualista*, em contraposição à concepção *monista*, que reputava o centro do negócio fiduciário, a sua causa - a *causa fiduciae*, onde havia a transferência da titularidade de um direito a outrem, no interesse do próprio transmitente ou de terceiro.¹²

Moreira Alves diverge de ambas posições asseverando que, a despeito de seu regime jurídico próprio, a alienação fiduciária em garantia assemelha-se mais propriamente ao *chattel mortgage*, instituto do direito anglo-saxônico.¹³

A origem no *chattel mortgage*, igualmente, é afirmada por Maria Helena Diniz aduzindo que:

“A alienação fiduciária em garantia é um negócio típico do Brasil, para garantir as operações de crédito; apesar de apresentar grandes diferenças relativamente ao negócio fiduciário romano e germânico, apresenta certa similitude no que atina ao sistema inglês de negócio fiduciário, principalmente ao *chattel mortgage*”.¹⁴

A alienação fiduciária se distingue do negócio fiduciário romano por não estar presente a fidúcia romana, não ficando a garantia ao alvedrio do fiduciário.

¹¹ *Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel - und Konkurs - Rechts*, p. 12, *apud* Moreira Alves, ob. cit., p. 27.

¹² Cf. Moreira Alves, ob. cit., p. 30.

¹³ Ob. cit., pp. 39/45.

¹⁴ Cf. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 55.

Por outro lado, distingue-se do negócio fiduciário germânico em dois pontos: (i) neste o desdobramento da posse, em direta e indireta decorre do *constitutum possessorium* e, na alienação fiduciária, esta ocorre por força de lei; (ii) com o inadimplemento, no negócio fiduciário, o proprietário fiduciário torna-se proprietário pleno; já na alienação fiduciária, os direitos decorrentes da propriedade fiduciária esgotam-se na medida em que há a consolidação da posse para excussão do bem em garantia e satisfação do crédito.

Nesta toada, verifica-se que o *trust receipt* também não se equipara a alienação fiduciária em garantia. A uma, porque a mercadoria é transferida diretamente do vendedor ao financiador, entregando-a ao devedor, mediante o recebimento do *receipt*, podendo este último até vendê-la, e conseqüentemente, liquidar o débito. A duas, porque pode o financiador recuperar a posse das coisas, que ficam em confiança (*in trust*), cancelando o *trust receipt* e retomando os bens.¹⁵

Chattel mortgage pode ser definido como o direito real de garantia que assegura um contrato de compra e venda, a prazo, de bens móveis, pelo qual o vendedor transfere o título de propriedade para o comprador, mantendo o direito real sobre os bens, para garantia do pagamento do débito em aberto.¹⁶

À luz dessas diversas correntes doutrinárias, é possível concluir que o ponto de maior proximidade entre os institutos reside no fato de que pelo *chattel mortgage* existe a transferência da propriedade, sob condição resolutiva, com o seu respectivo desdobramento em *legal property* (para o credor) e

¹⁵ Cf. Moreira Alves, ob. cit., pp. 37/8.

¹⁶ Tradução livre do verbete do *Black's Law Dictionary*: “*Chattel mortgage* - a mortgage that covers the installments purchase of goods, whereby the seller transfers title to the buyer but retains a lien securing the unpaid balance”.

equitable property (para o devedor), assim como igualmente ocorre com a alienação fiduciária em garantia.¹⁷

IV – A natureza jurídica do contrato de alienação fiduciária em garantia.

Secundando as lições do ministro Moreira Alves, cumpre, preambularmente, esclarecer que o direito de garantia criado pela Lei nº 4.728/65 é a propriedade fiduciária e a alienação fiduciária em garantia é o contrato que lhe serve de título.¹⁸

A alienação fiduciária em garantia é negócio jurídico bilateral, com natureza contratual, de direito real, com finalidade de transferir um direito de propriedade limitado para garantia de um negócio jurídico obrigacional.

É um contrato nominado, uma vez que, conforme leciona Messineo¹⁹, está tipificado em lei, com disciplina própria, denominação e estrutura.

É causal, sendo sua causa a vantagem econômica buscada por ambas as partes. Observe-se que a causa na alienação fiduciária não se equivale exatamente à *causa fiduciae*, a exemplo da concepção monista do negócio fiduciário.

Para o devedor a causa é a possibilidade de utilizar-se da propriedade fiduciária em garantia de outro negócio jurídico, pelo qual obtém um crédito.

Para o credor sua vantagem encontra-se no fato de ter a propriedade fiduciária, que garante o crédito outorgado, e, caso reste a obrigação

¹⁷ No mesmo sentido, Moreira Alves, ob. cit., p. 44.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 46.

¹⁹ *Dottrina Generale del Contratto*. 3ª Ed. Milano: Dott. A. Giuffrè-Editore, 1946, p. 214.

inadimplida, consolidada a propriedade em suas mãos, poderá executar o bem para satisfazer-se.

Por último, é contrato acessório, posto que visa constituir, através da transferência da propriedade, uma garantia ao crédito outorgado noutra relação jurídica, a do contrato principal.

V - A propriedade fiduciária.

A propriedade fiduciária, como já esclarecido, não se confunde com a alienação fiduciária em garantia.

É um novo direito real em garantia, onde há a transferência do direito de propriedade limitado, em favor de um credor, para garantia de uma relação jurídica obrigacional, consistente em uma concessão de crédito.

Pontes de Miranda faz distinção entre direitos reais *em* garantia e direitos reais *de* garantia.²⁰

Os primeiros constituiriam de direitos reais plenos (*e.g.* propriedade plena) ou limitados de gozo (*e.g.* usufruto) transferidos ao credor sem perder suas características próprias, mas, garantindo o crédito em um negócio fiduciário.

Os segundos seriam compostos dos típicos direitos reais limitados ou direitos reais sobre coisas alheias: hipoteca, penhor e anticrese.

A propriedade fiduciária, por seu turno, pertence a categoria dogmática própria em face de sua estrutura jurídica e das características econômicas que a envolvem, sendo resolúvel e, cujo escopo de garantia, limita os poderes do proprietário fiduciário.

²⁰ *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1971, vol. XXI, p. 354 *et seq.*

Não corresponde aos direitos reais de garantia, pois como visto, dela resulta, ainda que limitada, a transferência ao credor do direito de propriedade.

Não se assemelha aos negócios fiduciários, tanto romano, como germânico, que se caracterizam pela sua atipicidade, cujo direito real, mediante vínculo contratual ou aposição de condição resolutiva, deixa de atender a finalidade econômica para que foi criado, atuando apenas como garantia de outro negócio jurídico.²¹

Difere da propriedade resolúvel prevista no artigo 1.359 do Código Civil, pois, em nenhum momento o credor desfruta da plenitude da propriedade, ao contrário do que ocorre com esta, onde a plenitude da propriedade pode vir a consolidar-se nas mãos do credor, de forma definitiva. Pendente o pagamento, só possui a posse indireta; implementada a condição, resolve-se a propriedade em favor do devedor; inadimplente, consolida-se a propriedade em nome do credor, para excussão da garantia e recebimento do valor, não lhe cabendo tornar-se proprietário, em definitivo.

É, destarte, um novo direito real em garantia, possuindo delineamento próprio e típico.

O Código Civil Brasileiro, que entrou em vigor em 10 de janeiro de 2003, por meio da Lei nº 10.406, de 10.01.2002, corrigiu técnica jurídico-legislativa, regendo em primeiro plano, a propriedade fiduciária, que é o direito real em garantia propriamente dito, não incidindo em erro como haviam feito os anteriores diplomas legais que, primeiramente, trataram da alienação fiduciária em garantia, ou seja, o contrato que instrumentaliza o mencionado direito real.

A aludida norma introduziu no sistema positivo pátrio, como instituto de direito privado, com ampla gama de aplicação, a propriedade fiduciária.

²¹ Explicitamente desta posição é Moreira Alves, ob. cit., p. 156.

Com proficiência, Moreira Alves explica que a opção em capitular a propriedade fiduciária no título da Propriedade, e não junto aos demais direitos reais, deveu-se, nada obstante o fato de tratar-se efetivamente de uma garantia real, ser ela considerada uma forma especialíssima de propriedade limitada, cuja finalidade é a constituição de uma garantia real.²²

VI - Sistemática de aplicação. Direito material.

O contrato de alienação fiduciária em garantia deve ser formalizado por escrito, tanto por instrumento público, como por instrumento particular.

A propriedade fiduciária, contudo, não exsurge da mera elaboração do contrato.

Frisamos que este é somente seu título de constituição, e a propriedade fiduciária é o direito real em garantia.

A constituição da propriedade fiduciária segue, na sistemática adotada pela legislação brasileira, divergindo da lei em França, pela qual da manifestação do acordo de vontades, independentemente da tradição, surge o direito de propriedade fiduciária de coisas móveis.

Paulo Restiffe Neto²³, Orlando Gomes²⁴ e Sílvio de Salvo Venosa²⁵, entendem que a forma de transferência da propriedade fiduciária do bem móvel, na alienação fiduciária, dá-se através do constituto possessório.

²² Ob. cit., pp. 264/6.

²³ Ob. cit., pp. 92/3.

²⁴ Ob. cit., pp. 72/7.

²⁵ Cf. *Direito Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 5, p. 556.

Por seu turno, Moreira Alves assevera que somente existem duas espécies de constituto possessório em nosso direito positivo: o expresso, devidamente inserido no contrato e o tácito, que decorre de cláusula contratual. Inexiste, segundo o ilustre doutrinador, perante a lei brasileira, a cláusula *constitui* presumida. Esta posição é também abraçada por Clóvis Bevilácqua.²⁶

Portanto, para esta segunda corrente doutrinária, o que se verifica é uma nova espécie de *traditio ficta*, que pelo contrato transfere a posse indireta e, via de consequência, a propriedade fiduciária.²⁷

Contudo, tal conduta não é suficiente para a criação da propriedade fiduciária em garantia.

Em face do regime jurídico estabelecido pelo §1º, do artigo 66, da Lei nº 4.728/65, a propriedade fiduciária somente se constitui após o respectivo registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Com a nova redação imposta à Seção XIV da Lei nº 4.728/65, pela Lei nº 10.931/04, esta norma passou a disciplinar exclusivamente a alienação fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais, não mantendo expressamente a referida exigência. Contudo, o *caput* do artigo 66-B, que estabelece os requisitos para o contrato de alienação fiduciária, assevera que, além dos requisitos específicos nele estipulados, devem ser observados os requisitos do Código Civil.

Deste modo, deve ser observado o preceito do §1º, do artigo 1.361, do CC, estipulando que a propriedade fiduciária constitui-se com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, registrado no Registro de Títulos e Documentos.

²⁶ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930, vol. III, p. 21.

²⁷ Cf. Moreira Alves, ob. cit., p. 75.

Moreira Alves afirma que o registro tem eficácia constitutiva, explicitando que o contrato é título de aquisição e o registro é modo de aquisição da propriedade fiduciária.²⁸

Interessante analisar a situação específica de alienação fiduciária de veículos.

Exige o Decreto-Lei nº 911/69, *para fins probatórios*, que se conste do certificado de registro do veículo, a respectiva alienação.

Os tribunais da federação, interpretando a lei especial, consolidaram entendimento predominante sobre o assunto, tendo o Supremo Tribunal Federal, editado a Súmula nº 489, que dispõe: “A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros, de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no Registro de Títulos e Documentos”. Da mesma maneira, o Superior Tribunal de Justiça publicou o verbete nº 92 da Súmula de Jurisprudência Predominante, *in verbis*: “A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor”.

Depreende-se, da lei e das súmulas de jurisprudência dominante, do STF e do STJ, que a propriedade fiduciária, para ser eficaz, inclusive em face de terceiros, deverá estar registrada no Cartório de Títulos e Documentos, bem como, anotada no Certificado de Registro de veículo automotor.

Todavia, em face da notória impossibilidade de pesquisa de todos os cartórios de títulos e documentos do país, e, da igualmente, notória facilidade de conhecimento do direito real através do certificado de propriedade do veículo, o § 1º, do artigo 1.361, do Código Civil, definiu que, tratando-se de veículos automotores, a propriedade fiduciária constitui-se com o registro no competente

²⁸ Idem, *ibidem*, pp. 81/3.

órgão de licenciamento e fiscalização e anotação no certificado de propriedade.^{29 30}

No que tange às partes do contrato de alienação fiduciária em garantia, estão capacitadas todas as pessoas, físicas ou jurídicas, no pleno gozo de sua capacidade civil.

Em face de seu objeto que é, segundo entendimento predominante, de contrato no âmbito do sistema financeiro nacional, podem ser credores instituições financeiras em sentido amplo, *e.g.* consórcios (não apenas aquelas cuja existência e funcionamento válido dependa de autorização e supervisão do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil) e, entidades estatais e paraestatais (em consonância com a previsão legal do ajuizamento de execução fiscal, *ex vi* do artigo 5º, do Decreto-lei nº 911/69).^{31 32}

²⁹ “Artigo 1.361 – *omissis*

§1º - Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se anotação no certificado do registro”.

³⁰ Esta posição já havia sido externada, anteriormente à publicação do Código Civil, em parecer inédito da lavra do Professor Arruda Alvim: *Ementa: Contrato de Alienação Fiduciária - Veículo* (1995).

³¹ Na doutrina, v. por todos, Humberto Theodoro Júnior, *Contrato de consórcio – garantias e exequibilidade*, in, RT 641/7, pp. 11/3.

³² Na jurisprudência, confira-se: “Sociedade Comercial – Alienação fiduciária – Inadmissibilidade – Garantia restrita às instituições financeiras em sentido amplo e entidades estatais e paraestatais – Ação de busca e apreensão do bem invalidamente alienado convertida em depósito – Carência decretada – Recurso extraordinário não conhecido – Inteligência do art. 66 da Lei nº 4.728/65, com a redação do Dec.-lei nº 911/69” (STF, RE nº 105.143-4-MG, 1ª T., j. 11.09.1987, rel. min Sidney Sanches, DJU, 23.10.1987, in, RT 624/220); “Ementa oficial: Alienação fiduciária. Mútuo (empréstimo bancário). Direito Comercial. 1. A jurisprudência predominante, inclusive a do Pretório Excelso, consolidou entendimento segundo o qual qualquer instituição financeira em sentido amplo, entre as quais as entidades bancárias, que não são sociedades financeiras, pode utilizar-se da alienação fiduciária para garantia de seus financiamentos concedidos. 2. Esse entendimento, quanto à alienação fiduciária, reformulou o anterior para liberar a restrição que fazia-o aplicável tão-somente às operações das sociedades financeiras” (STJ, REsp nº 2.176-RS, 3ª T., rel. min. Waldemar Zveiter, DJU 06.08.1990, in, RT 660/211).

A legitimidade de consórcios de financiamento, regularmente constituídos para realizar operações de financiamento, garantidas por alienação fiduciária, foi consolidada na jurisprudência da Suprema Corte (RE nº 90.636-3-SP, Pleno, j. 03.05.1979, v.u., rel. min. Moreira Alves, in, RT 528/259; RE nº 89.729-1, 1ª T., j. 16.10.1979, rel. min. Xavier de Albuquerque, in, RT 538/248; RE nº 93.433-2, 1ª T., j. 25.11.1980, rel. min. Thompson Flores, in, RT 548/246; RE nº 111.219-1, 2ª T., j. 10.12.1987, rel. min. Djaci Falcão, DJU 18.03.1988). No estado de São Paulo, o Egrégio 1º Tribunal de Alçada Civil, pela Súmula nº 6, alberga aos consórcios os direitos decorrentes da Lei, nestes incluídos, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.³³

O Ministro Moreira Alves afirma ser a alienação fiduciária instituto de direito comum e, em princípio, aplicável a qualquer particular. Todavia, ao interpretar o Decreto-Lei nº 911/69, encampa a posição predominante no cenário jurídico nacional, impedindo a contratação entre particulares. O fundamento desta posição consistiria do fato que as instituições financeiras, em sentido amplo, aplicam em suas operações taxas de juros supostamente controladas, em virtude da fiscalização de que tais órgãos estão sujeitos, impedindo a prática da usura por terceiros, além do pressuposto interesse público existente.³⁴

Em que pese a interpretação retratada, algumas ponderações parecem ser pertinentes: (i) como é notório, a fiscalização exercida sobre as instituições financeiras não impede o surgimento de irregularidades ou até ilegalidades em contratos, não podendo ser o elemento justificador da posição predominante do

³³ Súmula nº 06, do 1º TACSP: “Os consórcios de financiamento, regularmente constituídos, podem efetuar financiamentos mediante a alienação fiduciária de bens em garantia e, por consequência, requerer a busca e apreensão, nos termos do Decreto-lei nº 911/69”.

³⁴ Ob. cit., p. 101.

credor; (ii) o argumento de impedir juros usurários praticados por particulares, igualmente, não convence, posto que não é dado interpretar-se o instituto sob a ótica de sua eventual patologia; (iii) o interesse que se tutela é o de uma garantia real mais eficiente do que as existentes no direito positivo, daí resultar a posição predominante do credor na relação contratual, o que, contudo, não obsta a que o devedor, sempre que se sentir indevidamente prejudicado, invoque a tutela jurisdicional do Estado, submetendo a questão ao Poder Judiciário.

À luz do novo Código Civil, resta indubitável que qualquer pessoa possa se valer do instituto da propriedade fiduciária.³⁵ O próprio ministro Moreira Alves ao analisar a propriedade fiduciária antes da vigência do Código Civil de 2002, já se manifestava no sentido de que poderia ser utilizada em quaisquer negócios jurídicos, e não apenas os celebrados por instituições financeiras ou públicas, apenas em virtude de sua nova topologia (inserção no Código Civil).³⁶

Há que se ponderar que a Lei nº 10.931/04, alterando o Decreto-lei nº 911/69, inseriu um artigo estipulando que o procedimento judicial nele disciplinado aplica-se exclusivamente às hipóteses da Seção XIV da Lei nº 4.728/65, ou quando se tratar de garantia de débito fiscal ou previdenciário.³⁷

Neste particular, deve ser destacado que tendo em vista a alteração procedida na referida seção pela Lei nº 10.931/04, o procedimento judicial do Decreto-lei nº 911/69 é aplicável somente quando a alienação fiduciária for

³⁵ Cf. Sílvio Venosa, ob. cit., p. 557; Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. XII, p. 219/220.

³⁶ Ob. cit., p. 266.

³⁷ “Artigo 8º-A – O procedimento judicial disposto neste Decreto-lei aplica-se exclusivamente às hipóteses da Seção XIV da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, ou quando o ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário”.

instituída em garantia de operações no âmbito do mercado financeiro e de capitais, ou, quando se tratar de garantia de débito fiscal ou previdenciário.

Sílvio de Salvo Venosa, em sede doutrinária, já se manifestava antes da reforma da Lei nº 10.931/04, no sentido de que não se tratando de instituição financeira, o proprietário fiduciário deveria valer-se de meios processuais ordinários, vedado o uso da ação busca e apreensão, na forma da legislação extravagante. Entretanto, o autor admite expressamente a utilização da ação de depósito, fundamentando-se no artigo 1.363, inciso II, do Código Civil, que prescreve competir ao devedor a faculdade de entregar a coisa objeto da alienação fiduciária ao credor, se a dívida não for paga no seu vencimento.³⁸

Em suma, o credor fiduciário, em negócios jurídicos que tiverem por garantia a propriedade fiduciária, nos termos do Código Civil, não estará autorizado a se valer do procedimento especial de busca e apreensão e depósito, regido pelo artigo 3º, do Decreto-lei nº 911/69.

Nas alienações fiduciárias de bens imóveis, a Lei nº 9.514/97 estipula um procedimento específico para seu cumprimento em face do inadimplemento do devedor fiduciante, conforme o artigo 27 e seguintes.

O objeto da alienação fiduciária em garantia pode pertencer tanto ao devedor, como a terceiro prestante da garantia.

Em princípio, os bens suscetíveis de serem alienados fiduciariamente são os móveis, *in commercium*, e mesmo os fungíveis e consumíveis, a teor do que já dispunha o revogado § 3º do artigo 66 da Lei nº 4.728/65. Esta interpretação encontrava ressonância no Supremo Tribunal Federal, na esteira da doutrina do ministro Moreira Alves que asseverava que, “de certa forma e

³⁸ Ob. cit., p. 557.

illogicamente” as coisas fungíveis podiam ser objeto de alienação fiduciária, em face da expressa previsão legal.³⁹

Com o desdobramento material da competência do Supremo Tribunal Federal exercida por meio do recurso extraordinário, passando ao Superior Tribunal de Justiça, o conhecimento e julgamento de questões legais infra-constitucionais agitadas em recurso especial, a interpretação da lei federal em que se consubstancia o Decreto-lei nº 911/69 foi alterada, encampando vozes na doutrina dissonantes da antiga interpretação do Pretório Excelso.⁴⁰

A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, de Direito Privado, uniformizou o entendimento sobre o tema, conforme se depreende da ementa do acórdão a seguir transcrito:

“A 2ª Seção da Corte, competente no tema, por maioria uniformiza seu entendimento proclamando a inadmissibilidade da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis)” (Resp nº 19.915-8-MG-ED, rel. min. Sálvio de Figueiredo, j. 28.10.92, receberam os embargos, três votos vencidos, DJU 17.12.92, p. 24.207).⁴¹

Duas observações devem ser feitas, neste particular: a primeira, refere-se ao preceito contido no artigo 1.360, do Código Civil, que dispõe somente sujeitar-se à alienação fiduciária, *coisa móvel infungível*; a segunda, diz respeito

³⁹ Ob. cit., p. 124. Colaciona, o ilustre autor, na obra citada, nota 219, vários julgados no sentido do texto, proferidos nos recursos extraordinários nº 86.541-RJ; nº 93.176, 99.642 e 96.907.

⁴⁰ Neste sentido, confira-se, as posições críticas sobre a possibilidade de alienação fiduciária de bem fungível, de Adroaldo Furtado Fabrício, *Alienação Fiduciária de Coisa Fungível – Um grave equívoco*, in, RT 617/16, pp. 16/9; e, Paulo Restiffe Netto, ob. cit., p. 98.

⁴¹ *Apud*, Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*. 36ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, nota 6a ao art. 1º do Dec.-lei nº 911/69, p. 1161.

à Lei nº 9.514/97, que propiciou que os bens imóveis sejam objeto de propriedade fiduciária e alienados fiduciariamente, constituindo-se pelo registro do contrato no Registro de Imóveis, conforme previsão de seu artigo 23.

O novel diploma de 2004, manteve a criticada redação do antigo §3º, do artigo 66, da Lei nº 4.728/65, agora, §2º, do artigo 66-B. Outrossim, explicitou, ser admissível a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, os quais deverão ter sua posse direta e indireta atribuída ao credor, ressalvando disposições em contrário, conforme o §3º, do artigo 66-B.

O bem a ser dado em garantia pode já constituir patrimônio do devedor ou do terceiro prestador da garantia, conforme a Súmula nº 28, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

Do seu conteúdo deverá constar, sob pena de não constituição do direito real: a) o total da dívida ou sua estimativa; b) o local e a data de 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 indenização. Ressalvado o último item, os demais poderão constar apenas do contrato principal, se apartado do da alienação fiduciária. Este conteúdo é semelhante tanto no artigo 1362, do Código Civil, quanto no artigo 66-B, da Lei nº 4.728/66, todavia, para bens imóveis, a Lei nº 9.514/97 é mais exigente, como se verifica de seu artigo 24:

“Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:

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 assegurando 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 dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27”.

O pacto comissório, pelo qual, antes do vencimento da dívida, poderá o credor consolidar a propriedade, ficando com o bem alienado pelo valor do débito, por preço ajustado ou pelo valor que ele estimar, era expressamente vedado pelo §6º, do artigo 66, da Lei nº 4.728/65, o qual foi derogado pela Lei nº 10.931/04. Todavia, remanesce o preceito no artigo 1365, do Código Civil.⁴²

Moreira Alves distingue o pacto comissório do pacto Marciano, o qual reputa lícito, e que se caracteriza pela possibilidade do credor manter a propriedade do bem, quando o débito não for pago, desde que pelo seu justo valor, estimado por terceiro. Confirma-se, a manifestação do ilustre doutrinador:

“Não é ilícito, porém, o denominado pacto Marciano (por ser defendido pelo jurisconsulto romano Marciano e confirmado e rescrito dos

⁴² Cf. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 5, p. 242.

imperadores Severo e Antonino). Por esse pacto, se o débito não for pago, a coisa poderá passar à propriedade plena do credor pelo seu justo valor, a ser estimado por terceiro, antes de vencida a dívida ou depois”.⁴³

Não se deve confundir o pacto comissório com a *datio in solutum*, sendo esta, igualmente, conduta lícita a propiciar ao devedor, uma vez vencida e não paga a dívida, escolher entre ter o bem excutido para satisfação do crédito, ou, entregar o bem ao credor, solvendo a dívida, consoante o disposto no parágrafo único, do artigo 1.428, do Código Civil. Nenhum preceito legal impede o credor de aceitar a dação em pagamento, mesmo que o bem tenha valor inferior ao de seu crédito, de modo que ficará dispensado de ajuizar uma demanda, muita vez, com custos de tempo e dinheiro que não se justificam.⁴⁴

VII - Direito processual.

A sistemática de direito processual da alienação fiduciária em garantia é bastante complexa, possibilitando o ajuizamento de ação de busca e apreensão (artigo 3º, do Decreto-lei nº 911/69); ou de uma ação de depósito (artigo 3º, do Decreto-lei nº 911/69); ou, ainda, de uma ação de execução, inclusive (artigo 5º, do Decreto-lei nº 911/69).

Em face da inadimplência do devedor, o credor pode optar em se valer de uma ação de busca e apreensão, onde comprovada que seja a mora ou inadimplemento do devedor, será concedida medida liminar para tal finalidade.

⁴³ Ob. cit., pp. 147/8.

⁴⁴ Cf. Aldemiro Rezende Dantas Júnior, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. XIII, p. 148 e ss.

A exigência de comprovação da mora, para a ação de busca e apreensão, segundo o procedimento da lei especial, está pacificada na Súmula de Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça, verbete nº 28:

“A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”.

O vetusto Decreto-Lei nº 911/69, estabelecia no §1º, do artigo 3º, uma norma peculiar que reduzia o espectro das matérias argüíveis em defesa, facultando somente defesa fundada em pagamento do débito vencido ou cumprimento das obrigações contratuais. Ademais, o §2º, do citado artigo 3º, autorizava a emenda da mora exclusivamente na hipótese do devedor já ter pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado.

Com o surgimento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no início da década de 90, os pretórios nacionais passaram a negar vigência ao preceptivo do §2º, do artigo 3º, do Decreto-lei nº 911/69.

Os sectários de tal tese, reputavam que o artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor, por conflitar com a norma em apreço, a havia revogado. O preceito consumerista estipula que nos contratos de compra e venda de bens móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e retomada do produto alienado.

Nesta linha, seria ilícito exigir-se do devedor para que possa emendar a mora, já ter pago 40% do total do débito, assim como, permitir-se a perda do que pagou caso, não emende a mora ou veja ser julgada improcedente sua

contestação ao pedido. Confira-se algumas ementas de acórdãos, abaixo reproduzidas:

“Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Purgação da mora.

O limite “mínimo” de 40% do débito pago, estabelecido pelo Decreto-Lei nº 911, de 01.10.1969, para a purga da mora em busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, não mais subsiste em face de sua revogação pelos artigos 6º, VI e 53 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990 (Código do Consumidor).” (2º TACIVIL - AI. 479.341 - 2ª Câ. - Rel. Juiz Norival Oliva - j. 12.05.97).

.....

“Alienação fiduciária - Purgação da mora - Direito do devedor, tenha ou não pago 40% do valor financiado.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor restou ab-rogada a exigência de pagamento mínimo de quarenta por cento do valor financiado para o exercício do direito à purgação de mora. Inteligência do artigo 6º, VI e 53, da Lei nº 8.078, de 1990. Sentença anulada. Recurso provido.” (2º TACIVIL - Ap. s/Rev. 491.341 - 2ª Câ. - Rel. Juiz Felipe Ferreira - j. 16.06.97).

Contudo, o tema não era pacífico, verificando-se julgados com diferentes interpretações e aplicação do direito. Em algumas hipóteses não se reconhecia aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de alienação fiduciária em garantia, como nas ementas dos aresto, a seguir transcritas:

“Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Instituição financeira - Inaplicabilidade do artigo 53 do Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90). A alienação fiduciária é operação de crédito onde o bem adquirido é dado em garantia do débito assumido por quem dele se beneficiou. Não há, portanto, relação de consumo, mas simples operação bancária, regida por parâmetros próprios, sendo inaplicável o artigo 53 do Código do Consumidor, que tem como alvo os consórcios para aquisição de bens”. (2º TACIVIL - Ap. c/Rev. 479.253 - 2ª Câ. - Rel. Juiz Vianna Cotrim - j. 10.03.97).

.....

“Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Purgação da mora - Exigência do pagamento de mais de 40% do preço financiado - Inobservância - Faculdade legal afastada - Procedência.

Para que possa ser requerida a purgação da mora, a lei impõe que o devedor fiduciante tenha pago 40% do valor financiado, sendo impedida a inclusão do sinal pago no momento da compra para totalizar o percentual exigido.” (2º TACIVIL - Ap. c/Rev. 484.016 - 9ª Câ. - Rel. Juiz Francisco Casconi - j. 19.03.97).

Marcelo Terra assevera que o artigo 53, do CDC, não se aplica à sistemática da alienação fiduciária, pois, aquilo que sobejar da venda do bem, deve ser entregue ao devedor (conforme artigo 1364, do Código Civil; artigo 2º, do Decreto-lei nº 911/69; e, artigo 27, §4º, da Lei nº 9.514/97); ademais, segue o autor, “não haveria retomada do produto alienado”, já que a propriedade é do credor fiduciário, e, este “não pleiteia a resolução do contrato”.⁴⁵

⁴⁵ Cf. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, pp. 73/4.

Não se pode olvidar que a *mens legislatoris* teve em vista aumentar a oferta de crédito no mercado, minimizando o risco de inadimplemento, ao reforçar a obrigação de pagar o financiamento, pois, o inadimplemento, antes de quitado 40% do valor financiado, importaria na perda do bem, quando o credor fosse obrigado a se utilizar da via judicial.

O cerne da questão, ao que nos afigura, está se reconhecer que o direito do devedor em emendar a mora, não pode ser obstaculizado por cláusulas que gerem iniquidades, sem qualquer fundamento de justiça. Nesta seqüência, a exigência de pagamento de pelo menos 40% do valor financiado soa ilegal, além de não considerar a hipótese de ser interessante ao credor a purgação da mora, mesmo que não tenha havido o pagamento de 40% do valor financiado.

A despeito da divergência jurisprudencial que campeava, o artigo 26, da Lei nº 9.514/97, ao tratar da emenda da mora nas alienações fiduciárias de bens imóveis, não impôs qualquer restrição no tocante ao percentual mínimo que já deva ter sido quitado para que o devedor possa exercer seu direito de adimplir sua obrigação, purgando a mora. **(Sumula 284, STJ, exige 40%)**

A Lei nº 10.931/04 coloca uma pá de cal sobre o assunto, ao derogar o § 1º, do artigo 3º, do Decreto-lei nº 911/69.

Ademais, quanto ao valor das parcelas pagas pelo devedor fiduciante, a lei determina que a quantia que sobejar da venda do bem lhe deva ser entregue (conforme artigo 1364, do Código Civil; artigo 2º, do Decreto-lei nº 911/69; e, artigo 27, §4º, da Lei nº 9.514/97). O problema se agrava quando não há qualquer valor restante. Neste ponto, o §1º, do artigo 53, do CDC, foi vetado, mas, o §2º, concernente a sistema de consórcio de produtos duráveis, dispõe que a compensação ou restituição de parcelas quitadas ao devedor, deverá ser subtraída da vantagem econômica auferida com a fruição da coisa e dos prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo. A despeito do veto

ao parágrafo 1º, que trazia norma de conteúdo semelhante, aplicável a todos contratos de alienação fiduciária, é válida a interpretação analógica.

O que nos indica como o mais razoável seria a apuração (sendo o mais indicado por meio de perícia técnica) da vantagem econômica auferida com a fruição da coisa e dos prejuízos que o inadimplente causou ao grupo, quando se tratar de consórcios, descontando este valor das prestações pagas (logicamente, se ele não for superior às prestações pagas). Assim, a norma do artigo 53 torna-se operativa, sem a perda inexorável de todas as parcelas pagas pelo devedor, quando de seu inadimplemento contratual, e, por outro lado, o credor, igualmente, não fica sujeito a suportar integralmente o prejuízo derivado da resolução contratual, sendo obrigado a devolver o valor integral.

Outra solução, já sedimentada no direito positivo (artigo 918, do Código Civil, de 1916, reproduzido no artigo 418, do atual, Código Civil) é a avença de cláusula penal para hipótese de inadimplemento total da obrigação. Dispensar-se-ia a elaboração de perícia para apuração dos montantes referidos. Novamente, importante destacar que o valor desta não poderá ser excessivo ou abusivo, sob pena de nulidade.

Neste particular, destacamos que a Lei nº 10.931/04 revogou a norma do §5º, do artigo 66, que previa que se o preço de venda da coisa não bastasse para pagar a dívida, o devedor continuaria pessoalmente obrigado pelo saldo devedor apurado. Entendemos que se do resultado de qualquer das operações acima expostas, resultar um valor em favor do credor, certamente, o devedor remanesce pessoalmente responsável pela dívida. O contrato de financiamento tem natureza obrigacional, sendo a propriedade fiduciária, garantia real a ele aposta, por meio do contrato de alienação fiduciária. Remanescendo dívida, o devedor continua responsável pessoalmente pela sua satisfação. Expresso neste sentido, o artigo 1.366, do Código Civil.

No tocante à resposta do devedor na ação de busca e apreensão, o §4º, do artigo 3º, na redação da Lei nº 10.931/04, explicita que o devedor poderá apresentar resposta, apesar de ter efetuado o pagamento da integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na petição inicial (artigo 3º, §2º), caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição.

O pagamento da dívida integralmente pelo devedor, na ação de busca e apreensão, tem por finalidade a restituição da coisa livre de ônus ao devedor, uma vez que fora cumprida decisão liminar, pela qual consolidou-se a propriedade e a posse plena do bem no patrimônio do credor fiduciário (conforme o §1º, do artigo 3º, do Decreto-lei nº 911/69, com sua nova redação dada pela Lei nº 10.931/04). Relembre-se que por força do §3º, do artigo 2º, do Decreto-lei nº 911/69, que permanece em vigor, a mora ou o inadimplemento das obrigações contratuais, facultam ao credor considerar, de pleno direito, vencida a dívida integral. De qualquer forma, não há restrição ao âmbito da defesa.

Não se deve descurar, como asseverado anteriormente, que o procedimento especial do Decreto-lei nº 911/69, consoante previsão expressa da Lei nº 10.931/04 é somente aplicável às alienações fiduciárias em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais e se constituídas para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário (novo artigo 8º-A, do Decreto-lei nº 911/69).

No que tange ao recurso da sentença na ação de busca e apreensão, a apelação terá efeito somente devolutivo, tendo o novo diploma legal mantido a regra do preceito revogado (atual artigo 3º, §5º, do Decreto-lei nº 911/69).

Outro expediente legal de que dispõe o credor é a conversão em ação de depósito, nos mesmos autos, da ação de busca e apreensão, caso o bem não seja localizado (artigo 4º, do Decreto-lei nº 911/69).

Ademais, para se reembolsar do débito, pode o credor, alienar o bem, através de venda judicial ou extrajudicial, se o contrário não dispuser o contrato, ou ainda, optar por promover ação de execução do valor do débito. Remanesce em vigor o disposto no artigo 2º, do Decreto-lei nº 911/69, autorizando o credor fiduciário vender o bem, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, saldando a dívida e entregando o saldo remanescente, se houver, ao devedor.

O Superior Tribunal de Justiça cristalizou o entendimento predominante na Súmula nº 245: “A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito”. Contudo, no que pertine à venda extrajudicial, há precedentes no sentido de que o devedor deverá ser previamente comunicado das condições da alienação para que possa exercer a defesa de seus interesses (Resp. nº 327.291-RS, 3ª T., rel. min. Nancy Andrighi, j. 20.09.2001, v.u., DJU 08.10.2001, p. 214), ou, que se for efetuada a venda do bem pelo credor, tem o devedor o direito a prestação de contas (Resp. nº 67.295-RO, 3ª T., rel. min. Eduardo Ribeiro, j. 26.08.1996, v.u., DJU 07.10.1996, p. 37.638).⁴⁶

O terceiro interessado, seja avalista ou fiador, ou até mesmo o prestador da garantia, solvendo o débito, fica sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na garantia fiduciária (artigo 6º, do Decreto-lei nº 911/69).

⁴⁶ *Apud*, Theotônio Negrão, ob. cit., notas 1c e 1d ao art. 2º do Dec.-lei nº 911/69, p. 1164.

Em caso de falência do devedor alienante, o credor poderá ter restituído o bem alienado fiduciariamente, não ficando sujeito, portanto ao concurso creditório instaurado pela falência. (artigo 7º, do Decreto-lei nº 911/69).

Outro destaque da Lei nº 10.931/04, são os novos §§ 6º e 7º, do artigo 3º, do Decreto-lei nº 911/69, que determinam seja o credor condenado a pagar multa de correspondente a 50% do valor originalmente financiado, se a ação de busca e apreensão for julgada improcedente e o bem já tiver sido alienado, não ficando excluída a sua responsabilidade por perdas e danos.

VIII - Prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia.

O artigo 4º, do Decreto-lei nº 911/69, estabelece:

“Art. 4º - Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil”.

Por seu turno, o Código de Processo Civil estipula em seu artigo 902, § 1º, que do pedido de depósito poderá constar o requerimento de cominação de pena de prisão.

Como é cediço, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVII, estatui que não haverá prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Na esfera penal, é possível vislumbrar conduta típica a do devedor que aliena ou dá em garantia bem alienado fiduciariamente, consoante a previsão do artigo 171, § 2º, inciso I, do Código Penal (conforme artigo 66-B, da Lei nº 4.728/65).

Todavia, o cabimento ou não da prisão civil do devedor inadimplente, defraudador do depósito do bem dado em garantia, em contratos de alienação fiduciária em garantia, tem gerado acirrada polêmica tanto em doutrina como perante os pretórios.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de conhecer da matéria, tendo o Tribunal Pleno, em acórdão relatado pelo Ministro Moreira Alves (HC 72.131, de 23.11.1995), decidido em favor da constitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciário, que deixa de efetuar a entrega do bem objeto de contrato de alienação fiduciária. Dissentiram da posição majoritária os Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. No mesmo sentido, o julgamento proferido no HC 73.469-3-SP, da 1ª Turma, julgado em 05.03.1996, sendo relator o Ministro Octávio Gallotti - DJU 26.04.1996.

Em doutrina, pela constitucionalidade da prisão, podemos relacionar Paulo Restiffe Neto⁴⁷, Maria Helena Diniz⁴⁸ e Caio Mário da Silva Pereira.⁴⁹

Tomando outra posição, o Superior Tribunal de Justiça, através de suas Turmas, em diversas oportunidades, já decidiu que a prisão do depositário infiel em alienação fiduciária é inconstitucional (STJ - 6a. T., HC 4.319-9-GO, DJU 21.8.95, p.25.408; STJ, 6a. Turma, HC 3.545-3 - DF, DJU 18.12.95; RSTJ

⁴⁷ Ob. cit., p. 435.

⁴⁸ Ob. cit., pág. 67.

⁴⁹ *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, vol. IV, pág. 305.

67/145). Na mesma linha decidiu a Corte Especial do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 127.098-RJ, rel. min. Nilson Naves, v.u., j. 29.06.2000, DJ 27.08.2001, p. 215.

Os defensores dessa corrente fundamentam-se, principalmente, no fato de que na alienação fiduciária não há propriamente um contrato de depósito.⁵⁰

Além disso, asseveram que no texto da Constituição Federal de 1988, ao contrário do da Constituição de 1969, não há a expressão *nos termos da lei*, razão pela qual somente se aplicaria a exceção constitucional aos casos de contratos de depósito regular típico.

Não nos parece, respeitadas as opiniões em contrário, ser esta a melhor interpretação.

O artigo 4º do Decreto-lei nº 911/69, contém grave impropriedade técnica ao falar em *pena*, uma vez que a prisão do depositário infiel é meio de coerção (meio indireto de execução) para o adimplemento da obrigação. Ademais, a sistemática de aplicação de prisão civil deve ser enquadrada dentro de técnica de direito processual.⁵¹

Em que pese o valor da liberdade individual, a exceção constitucional é clara, não fazendo qualquer distinção quanto à espécie de depósito, se típico ou não. De tal sorte, parece-nos que não há violação de garantia constitucional da liberdade do indivíduo, mas, aplicação de meio indireto de execução, através de coerção psicológica para cumprimento de uma dada obrigação.

⁵⁰ Cf. José Geraldo Jacobina Rabello, *Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987, *passim*; Álvaro Villaça Azevedo, *Prisão civil por dívida*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2000, p. 122 *et seq.*

⁵¹ Sobre os meios coercitivos para satisfação da pretensão do credor, consultar o nosso, *Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva 'lato sensu'*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, *passim*.

IX – A alienação fiduciária de bem imóvel.

Em 20 de novembro de 1997, foi promulgada a Lei nº 9.514, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, e, instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel.

A mencionada lei veio à lume com a pretensão de incrementar o sistema de financiamento de habitações, primordialmente voltado às populações de menor poder aquisitivo.

O programa instituído pela Lei nº 4.384, de 21 de agosto de 1964, para aquisição da casa própria através de financiamento pelo extinto Banco Nacional da Habitação (substituído pela Caixa Econômica Federal), no correr dos tempos deixou de atender à finalidade para qual foi criado, sendo louvável a criação do novel sistema de financiamento imobiliário.

É de conhecimento público que nos seus trinta e três anos de vigência, o programa oficial vem acumulando prejuízos, gerando um passivo financeiro crescente, mas, sem conseguir debelar o enorme déficit de moradias.

O novo diploma instituiu um sistema de financiamento, através dos próprios agentes dos setores privados interessados, cujos capitais serão colhidos junto a investidores nos mercados financeiro e de capitais.

Consoante a própria Exposição de Motivos da Lei, o “*funding*” primário, do novo sistema, compor-se-á de recursos que as entidades autorizadas a nele operar, obterão junto aos mercados financeiros e de capitais. A novidade surge para o mercado secundário, com a criação da Companhia Securitizadora de Crédito Imobiliário e a emissão dos títulos de crédito consistente no Certificado de Recebíveis Imobiliários.

A Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 não criou direito algum, tendo apenas estendido o objeto da propriedade fiduciária aos bens imóveis, sistematizando a sua forma de aplicação.

As normas do Código Civil sobre propriedade fiduciária, por se tratar de norma geral de direito privado, naquilo que não conflitar com a norma especial, devem ser aplicadas à alienação fiduciária de bens móveis em garantia, consoante o artigo 2º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

De outra sorte, derivando tanto por ser concernente a bens imóveis, tanto pela expressa vedação de seu artigo 8º-A, inserido pela Lei nº 10.391/04, é impossível a utilização do procedimento especial capitulado no Decreto-lei nº 911/69, que tem campo exclusivo nas alienações fiduciárias de bens móveis em garantia, no âmbito do mercado financeiro e de capitais ou quando a propriedade fiduciária tiver sido constituída para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário.

De tal sorte, aplica-se à alienação fiduciária em garantia de bens imóveis o regime jurídico da, já existente, propriedade fiduciária em garantia, ressaltando-se, as peculiaridades decorrentes de seu objeto.

No que pertine às partes legitimadas, a instituição da propriedade fiduciária, no Código Civil, tornou imune à qualquer dúvida, a possibilidade da alienação fiduciária em garantia, por quaisquer pessoas.

Reforçando tal idéia, o originário parágrafo único do artigo 22, da Lei nº 9.514/97, assim como, o §1º, no qual aquele foi transformado por força da Medida Provisória nº 2.223, de 04.09.2001, preceituam que a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel pode ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no Sistema Financeiro Imobiliário.⁵²

⁵² Cf. Sílvio Venosa, ob. cit., p. 563; e, Marcelo Terra, ob. cit., p. 28.

Ocorre que a Lei nº 10.931/04 veio novamente modificar o dispositivo legal, voltando a criar apenas um parágrafo único ao artigo 22, sem manter a expressa previsão de que quaisquer pessoas físicas ou jurídicas possam se utilizar da alienação fiduciária de bens imóveis em garantia.⁵³

A despeito da alteração legislativa, lícito é admitir, aplicando-se os preceitos do Código Civil, que se mantém válida a interpretação no seu sentido original.

Ademais, as operações no Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), poderão ser garantidas por hipoteca, cessão fiduciária de direitos creditórios, caução de direitos creditórios e, alienação fiduciária de coisa imóvel (artigo 17, da Lei nº 9.514/97).

Ora, todas essas garantias reais, inclusive a alienação fiduciária em garantia, possuem regramento previsto no direito comum. Resta convir, que sua utilização não é exclusiva do SFI, estando ao alcance de quaisquer pessoas.

Acresce que, o Decreto-Lei nº 413/69, o qual trata de financiamento concedido por instituições financeiras à pessoas que se dediquem à atividade industrial, tem como uma de suas modalidades de garantia, a alienação fiduciária em garantia, que pode, inclusive, ser prestada por terceiros. (artigo 1º combinado com o artigo 19 e o artigo 28).

Especificamente quanto a consórcios, o Banco Central do Brasil, expediu a Circular nº 2.797, de 23 de dezembro de 1997, autorizando a prestação de garantia, da propriedade fiduciária, mediante contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel.

⁵³ “Artigo 22: *omissis*. Parágrafo único: A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário”.

Em face de tudo o quanto se expôs, conclui-se que a alienação fiduciária em garantia, de bem imóvel, pode ser utilizada como garantia de qualquer negócio jurídico, entre quaisquer pessoas, desde que tenha partes capazes, objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei.

A dogmática da propriedade fiduciária derivada do Decreto-lei nº 911/69 e do Código Civil é aplicável à Lei nº 9.514/97. Por se tratar de bem imóvel, a constituição de propriedade fiduciária ocorre com o registro do Cartório de Registro de Imóveis, do contrato de alienação fiduciária (artigo 23). O parágrafo único, do artigo 23, é mais explícito que o §2º, do artigo 1361, do CC, asseverando que com a constituição de propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto do bem imóvel.

Equivocado o *caput* do artigo 24, ao tratar de *negócio fiduciário*, pois como explanado, a figura a ser criada é propriedade fiduciária em garantia, de bem imóvel, com estrutura, finalidade e regime jurídico típicos.

Apesar da revogação do originário parágrafo único do artigo 22, pode ser objeto da alienação fiduciária em garantia, imóveis construídos ou em construção, aplicando-se analogicamente, a norma do §3º, do artigo 1361, do CC, que prescreve que a aquisição superveniente da propriedade pelo devedor, torna eficaz, desde o seu registro, a constituição de propriedade fiduciária.

À vista do termo de quitação fornecido pelo fiduciário ao fiduciante, este efetuará junto ao competente Registro de Imóveis o cancelamento do registro da propriedade fiduciária, passando a ser seu titular (artigo 25).

Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o devedor, consolida-se a propriedade em nome do credor (artigo 26).

A constituição em mora do devedor fiduciante é realizada por meio de intimação realizada pelo oficial do registro de imóveis, para que aquele pague a

prestação vencida e as vincendas até a data do pagamento, com os acréscimos legais de juros, penalidades e encargos contratuais, tributos incidentes sobre o imóvel, contribuições condominiais e despesas de cobrança e intimação (§1º, do artigo 26).

Como já esclarecido, inexistente a obrigação do pagamento de 40% do débito para autorizar o devedor a emendar a mora, perante a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

Purgada a mora, convalescerá o contrato de alienação fiduciária, reza o § 5º, do artigo 26, cujos valores serão entregues ao credor fiduciário pelo oficial do registro imobiliário em três dias, descontadas as despesas de intimação e cobrança.

Como salientado alhures, a *datio in solutum* não importa em violação da proibição do pacto comissório, instituída expressamente, nas alienações fiduciárias de bens imóveis em garantia, pela Lei nº 10.931/04 que acrescentou o §8º, ao artigo 26, *in verbis*:

“§ 8º - O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27”.

A ausência de purgação da mora importar na consolidação de propriedade em nome do fiduciário, exigindo-se deste a prova do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* ou do laudêmio, se for o caso (§7º, do artigo 26, na redação da Lei nº 10.931/04).

Não estando o fiduciário autorizado a manter a propriedade do bem, deverá no prazo de trinta dias, promover leilão público para sua alienação.

Paulo Eduardo Fucci reputa ser inconstitucional, a venda extrajudicial na alienação fiduciária de coisa imóvel, sem prévia decisão judicial confirmando a consolidação da propriedade com o credor fiduciário.⁵⁴

De outra opinião é Marcelo Terra, entendendo não haver violação do artigo 5º, XXXV e LIV, da Constituição Federal. Assevera o autor que ao devedor estará facultado demandar o credor, antes, durante ou depois do leilão. Dá de exemplo, julgados reputando não existir inconstitucionalidade em leilões extrajudiciais previstos no Decreto-lei nº 70/66 e na Lei nº 4.591/64.⁵⁵

No tocante ao Decreto-lei nº 70/66, o 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, sumulou o entendimento no verbete nº 39, acoimando-o de inconstitucional: “Súmula nº 39 – São inconstitucionais os arts. 30, parte final, e 31 a 38 do Dec-lei nº 70, de 21.11.66”.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal reputou como constitucional o referido diploma legal, ressaltando existir controle judicial da venda do bem imóvel que, conquanto *a posteriori*, não impede a invocação do Poder Judiciário pelo devedor fiduciante, desde logo (RE 760/188). Na mesma linha, decidiu pela constitucionalidade o Superior Tribunal de Justiça (Resp. 46.050-6-RJ, 1ª T., rel. min. Garcia Vieira, v.u., j. 27.04.1994, DJU 30.05.1994, p. 13.460).

Se o maior lance oferecido no 1º leilão for inferior ao valor do imóvel estipulado no contrato de alienação fiduciária (artigo 26, VI), deverá ser realizado um segundo leilão, onde será aceito lance mesmo que inferior ao do valor do imóvel, desde que seja suficiente para satisfazer a dívida, despesas, prêmio de seguro, encargos legais, inclusive tributários e despesas condominiais (artigo 27, §2º). A lei explicita o que deve ser considerada “dívida” e

⁵⁴ Cf. *Aspectos da alienação fiduciária de coisa imóvel*, in, RT nº 753/80, p. 82.

⁵⁵ Ob. cit., pp. 53/4.

“despesas”, no §3º, do artigo 27. De modo semelhante às previsões do Código Civil e do Decreto-lei nº 911/69, o montante que sobejar da venda será entregue ao devedor.

Com a consolidação da propriedade em mãos do credor, poderá ele, seu cessionário ou sucessores ser reintegrado na posse do imóvel, liminarmente, desocupando-se o imóvel em 60 dias (artigo 30).

Neste ponto, é importante analisar a disciplina legal relativa ao direito de retenção por benfeitorias. Sílvio Venosa reputa que, conquanto incabível o direito de retenção, por força do artigo 27, § 4º, nada impediria o exercício deste direito quando da eventual ação de reintegração de posse ajuizada pelo fiduciário, sucessores ou cessionário.⁵⁶

Parece-nos ser necessária uma interpretação sistemática dos preceitos contidos no § 4º do artigo 27 e no artigo 30, para se alcançar um resultado adequado e operativo à lei.

Em princípio, na ação de reintegração de posse, exercitando-se pretensão de natureza executiva *lato sensu*, nenhum empeco há para o direito de retenção da coisa por indenização de benfeitorias.⁵⁷

Entretanto, o §4º, do artigo 27, estabelece que realizado o leilão do imóvel, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, nela incluindo-se o valor das benfeitorias indenizáveis, excluindo expressamente a aplicação do artigo 516, do Código Civil (o artigo referido é do Código de 1916, cuja norma está contida no artigo 1.216, do diploma em vigor). A lei especial está afastando expressamente a incidência da norma da lei geral, conforme artigo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

⁵⁶ Ob. cit., p. 567.

⁵⁷ Com desenvolvimento sobre o tema, consulte o nosso, *Embargos de retenção por benfeitorias em ações executivas 'lato sensu'*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 13, pp. 97/101.

Desta sistemática é que resulta incabível o direito de retenção, já que se não houver saldo remanescente derivado do leilão, nada poderá ser entregue ao fiduciante. Por óbvio que eventual discussão sobre o valor da indenização poderá ser realizado em ação autônoma.

À luz de tais raciocínios, parece-nos que na ação de reintegração de posse não será lícito deduzir pretensão à indenização por benfeitorias, tampouco exercer direito de retenção.

A reintegração de posse pode ser deferida liminarmente, devendo haver a desocupação do imóvel no prazo de 60 dias, pouco importando o tempo de vigência do contrato de alienação fiduciária em garantia e o tempo da posse direta exercida pelo fiduciante. Neste sentido, correto o julgado cuja ementa transcrevemos:

“Ementa Oficial. Não obsta à concessão da liminar prevista no art. 30 da Lei nº 9.514/97 a longevidade da posse direta, pelo devedor mantida, seja porque excluída não fica a posse indireta ao credor fiduciário, seja porque apenas importa que tenha ele cumprido as providências do art. 26 da Lei especial (2º TACSP, A.I. nº 814.821-00/5, 12ª C., v.u., rel. Juiz Arantes Theodoro, j. 04.09.2003, in, RT 820/307).

O terceiro interessado, seja avalista ou fiador, ou até mesmo o prestador da garantia, solvendo o débito, fica sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na garantia fiduciária (artigo 31).

Em caso de insolvência (ou de falência) do devedor alienante, o credor poderá ter restituído o bem alienado fiduciariamente, não ficando sujeito, portanto ao concurso creditório instaurado pela insolvência (ou a falência) (artigo 32).

Com a finalidade de manter a dinâmica que o mercado imobiliário exige, são expressamente cabíveis as cessões dos direitos, tanto do credor, quanto do devedor (artigo 28).

Em se tratando de imóvel alugado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica (§7º, do artigo 27, na redação da Lei nº 10.931/04). Ou seja, a cláusula deve ser lançada com destaque no contrato de locação. Ademais, o artigo 37-A, prevê que o fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor do imóvel estipulado no contrato, para fins do público leilão, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel.

É de se observar, ainda, que o artigo 38, na redação da Lei nº 10.931/04, derogou expressamente o estatuído no artigo 108, do Código Civil, ao dispor que os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito.