



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIRETO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E ELABORAÇÃO DE
MONOGRAFIA JURÍDICA

ILGO ALAM CASTRO

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS INFUNGÍVEIS:
ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO À LUZ DA DOUTRINA E
JURISPRUDÊNCIA

FORTALEZA

2011

ILGO ALAM CASTRO

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS INFUNGÍVEIS:
ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO À LUZ DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Eduardo dos Santos

FORTALEZA

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- C355a Castro, Ilgo Alam.
Alienação fiduciária de bens móveis infungíveis: análise da legislação à luz da doutrina e jurisprudência / Ilgo Alam Castro. – 2011.
67 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2011.
Área de Concentração: Direito Empresarial.
Orientação: Prof. Dr. Luiz Eduardo dos Santos.
Contém 1 CD-Rom.
1. Direito Empresarial - Brasil. 2. Alienação Fiduciária - Brasil. I. Santos, Luiz Eduardo dos (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

ILGO ALAM CASTRO

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS INFUNGÍVEIS:
ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO À LUZ DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Avaliada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Eduardo dos Santos (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Dr. Regoberto Marques de Melo Júnior
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestrando José Maria Maccall Zancocchi
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais, pelo amor a mim dedicado e em especial: a minha mãe, por acreditar, incondicionalmente, em minha capacidade intelectual; ao meu pai, por me transmitir os valores da honestidade e justiça social. A minha avó Zélia (e vovô Alberto- *in memoriam*), pelo incentivo e força espiritual. A minha companheira Luciana, pela paciência, e ao meu filho Pedro, pela sua existência.

AGRADECIMENTOS

À minha companheira Luciana, de forma especial e carinhosa, que me apoiou durante toda a minha caminhada acadêmica, auxiliando-me na resolução de questões de toda ordem, dando a tranquilidade necessária para que eu pudesse alçar mais este degrau na minha vida pessoal e profissional.

Ao professor Luiz Eduardo, que atendeu prontamente ao meu chamado para prestar orientação no presente trabalho, compreendendo suas peculiaridades, e me orientando de forma zelosa, prática e objetiva, procurando me guiar para a realização de um trabalho digno.

Ao professor Regnoberto Marques de Melo Júnior e mestrando José Maria Maccall Zanocchi, pela presteza em atenderem ao convite para composição da minha banca examinadora e pelo carinho com o qual analisaram este trabalho.

Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça (Eduardo Couture).

RESUMO

Efetua uma análise da alienação fiduciária, relativamente a bens móveis infungíveis, com breves digressões históricas do conceito original do instituto desde a Roma Antiga, mas especialmente a partir da lei 4.728/65, que inseriu a alienação fiduciária em garantia em nosso país, ainda na década de 1960, bem como as transformações de cunho legal, material e processual, e, conseqüentemente, das orientações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, estes influenciados, também, pelos novos direcionamentos deontológicos do Direito. O trabalho trata desde o conceito de alienação fiduciária e suas características, seus aspectos subjetivos, ou seja, quem pode ser parte (fiduciário e fiduciante), no contrato com garantia de alienação fiduciária, seus direitos e obrigações, terceiros interessados, além dos aspectos objetivos, tais como conceito de bens móveis infungíveis. Ainda foram abordados aspectos relativos ao processo de execução de garantias, em caso de inadimplência das obrigações pelo fiduciante, sendo reservada subseção própria para a ação autônoma de busca e apreensão e a questões inerentes ao tema, como os procedimentos para efetivação da apreensão do bem, a proibição do pacto comissório e a possibilidade (ou não) da prisão civil do fiduciante. Ao final do trabalho, foram tratadas das dificuldades práticas acerca da efetivação da ação de busca e apreensão, tais como a prisão civil do depositário infiel, a Lei 11.101/05, que trata da recuperação judicial e extrajudicial e falência de empresários e sociedades empresárias.

Palavras-Chave: Direito Empresarial. Contratos. Alienação Fiduciária. Lei n. 4.728/65. Decreto Lei n. 911/69. Propriedade Fiduciária. Ação de Busca e Apreensão.

ABSTRAT

The objective of this work is the analysis of the fiduciary concept, related to unfungible movables, with brief historical digressions from the original concept of the rule since ancient Rome, but especially from the law 4.728/65, which implemented the fiduciary concept on our country, in the 1960s, as well as the transformations of legal nature, material and process, and hence of doctrinal and jurisprudential guidelines on the subject; considering these transformations influenced also by the new directions of ethics in the Law.

The work comes from the fiduciary concept and its characteristics, its subjective aspects, or who may participate to a contract with a fiduciary guarantee (fiduciary and fiduciant), their rights and obligations, third parties and objective aspects as well, such as unfungible movable concept. The aspects of the implementation of guarantees execution process caused by an eventual default of the fiduciant obligations are also addressed; there is a subsection reserved exclusively for the autonomous action of search and seizure and the issues inherent in the subject, as the procedures for effecting the seizure of the well, prohibition of covenants and the possibility (or not) of the fiduciant civil prison.

At the end of the work, the practical difficulties about the effectiveness of search and seizure action were treated, such as the civil prison of an unfaithful fiduciary, Law 11.101/05, which deals with judicial and extrajudicial recovery and bankruptcy of entrepreneurs and entrepreneurial companies.

Keywords: Business Law. Contracts. Fiduciary. Law No. 4.728/65. Decree Law No. 911/69. Trust Property. Search and Seizure Action.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	12
2.1	Aspectos históricos.....	12
2.2	Breves digressões históricas sobre o tema na legislação brasileira.....	15
2.3	Conceito e caracteres.....	18
3	ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA MÓVEL INFUGÍVEL.....	22
3.1	Requisitos subjetivos.....	22
3.1.1	<i>Direitos e obrigações do fiduciante e fiduciário.....</i>	<i>24</i>
3.1.2	<i>Terceiros interessados.....</i>	<i>27</i>
3.2	Requisitos objetivos.....	28
3.2.1	<i>Bens móveis infungíveis.....</i>	<i>29</i>
3.3	Requisitos formais.....	32
4	DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	35
4.1	Inadimplência e vencimento antecipado.....	35
4.2	Constituição e purgação da mora.....	39
4.3	Procedimentos para recuperação dos créditos inadimplidos.....	42
4.4	A ação autônoma de busca e apreensão.....	45
4.4.1	<i>Proibição do pacto comissório.....</i>	<i>49</i>
4.5	Prisão civil do fiduciante.....	51
4.5.1	<i>A prisão civil do fiduciante antes da emenda constitucional n. 45/2004.....</i>	<i>52</i>
4.5.2	<i>A Prisão civil do fiduciante após a emenda constitucional n. 45/2004.....</i>	<i>55</i>
4.6	A alienação fiduciária na recuperação judicial, extrajudicial e falência.....	58
5	CONCLUSÃO.....	62
	REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O instituto da alienação fiduciária é conhecido pelas civilizações ocidentais desde a antiguidade, quando, ainda do Direito Romano, o negócio fiduciário era firmado com base nas figuras da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*. Em nossa legislação pátria o instituto da alienação fiduciária era desconhecido (inclusive pelo Código Civil de 1916) até meados da década de 1960, quando fora publicada, em 14 de julho de 1965, a Lei n. 4.728. Referida lei, que disciplinara o mercado de capitais e estabelecia medidas para o seu desenvolvimento, trouxe à tona a alienação fiduciária em garantia, resgatando dos romanos a figura da *fiducia cum creditore*.

A alienação fiduciária como modalidade de garantia veio à baila em nosso ordenamento jurídico em um contexto histórico e político peculiar pelo qual passava o país. Tinha-se instalado no Brasil um governo ditatorial, sob a tutela de um regime militar. Na economia, o país vinha experimentando, desde o final da Segunda Grande Guerra até início dos anos sessenta, vigoroso crescimento, sendo este liderado pelo setor industrial, já em expansão desde os anos trinta. Entretanto, ainda no início da década de sessenta, o país entrou em recessão econômica e o governo, dentre outras medidas, instituiu a alienação fiduciária em garantia, a qual teve grande impacto devido a características peculiares, notadamente pela possibilidade do credor, detentor do domínio resolúvel do bem, puder tomar a posse do mesmo, de forma célere e desburocratizada, caso o devedor não honrasse seus compromissos.

O instituto da alienação fiduciária nos chamou atenção devido a sua aplicabilidade prática no dia a dia do mercado financeiro, o qual temos grande proximidade por desenvolvermos atividades laborais junto à maior instituição financeira da América do Sul voltada para o desenvolvimento regional, o Banco do Nordeste do Brasil S/A, sendo a alienação fiduciária modalidade de garantia bastante utilizada em contratos de financiamento, especialmente de máquinas, equipamentos e veículos, muitos dos quais garantidos exclusivamente pelo próprio bem objeto do financiamento.

Desta forma, surge a curiosidade de se saber o que faz com que a garantia de alienação fiduciária seja tão utilizada nos contratos de mútuo junto ao mercado financeiro. Qual a sua origem histórica e no mundo jurídico, em especial no nosso ordenamento. Que princípios do direito, determinações legais ou mesmo jurisprudenciais fazem com que a forma

de excussão da garantia seja mais célere e desburocratizada, se compararmos com as outras formas de garantia real, como hipoteca e o penhor. Além do mais, continua o instituto da alienação fiduciária, hodiernamente, sendo modo de garantia vantajoso para credores e devedores, à luz das modificações ocorridas sobre o tema ao longo do tempo na legislação brasileira? Ainda é a alienação fiduciária instrumento válido para o objetivo que justificou sua inclusão em nossa legislação, ainda pelo governo militar, ou seja, o de dinamizar a economia, permitindo o acesso dos agentes produtivos e, hodiernamente, dos consumidores das classes médias e baixas à aquisição de bens de maior valor?

A análise do instituto em nossa legislação mostra-se atual e relevante, tendo em vista a sua larga utilização no meio empresarial, com conseqüente repercussão na sociedade e no mundo jurídico, seja devido às importantes alterações ocorridas na legislação nos últimos 10 anos, e conseqüentemente, nos pareceres e acórdãos de decisões monocráticas e de tribunais superiores, os quais são também influenciados pelos novos entendimentos doutrinários, considerando ainda a análise deontológica que o direito vem tomando em nosso país.

O presente trabalho monográfico pretende primeiramente analisar a alienação fiduciária, tendo em vista sua origem histórica e sua inserção em nosso ordenamento jurídico, a partir da Lei n. 4.728/65, que inaugurou o referido instituto na legislação brasileira, bem como analisar as demais leis que a sucederam, de modo a termos uma visão clara e objetiva de como se transmudou a alienação fiduciária em sede material e processual.

Adentramos sobre os aspectos específicos que norteiam a alienação fiduciária de bens móveis infungíveis, foco específico de nossa análise. Desta forma, discorreremos sobre os requisitos subjetivos e objetivos, além dos requisitos formais, para concretização de negócios firmados com a garantia de alienação fiduciária de bens móveis infungíveis. Tratamos ainda dos aspectos relacionados à execução das garantias, onde abordamos a sua possibilidade, a inadimplência e respectiva caracterização da mora.

Sobre os meios para excussão da garantia, abrimos subseção própria para tratar sobre a ação autônoma de busca e apreensão, os procedimentos para sua efetivação, além de análise de questões inerentes e bastante interessantes como o pacto comissório, a prisão civil do fiduciante, além de também tratarmos da situação da alienação fiduciária em garantia no caso de empresas em recuperação judicial e extrajudicial e falência.

2 DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

2.1 Aspectos históricos

Nos primórdios da civilização ocidental, autorizados pela Lei das XII Tábuas, detinham os credores da sociedade romana o direito de matar e apoderar-se do cadáver do devedor que não cumprisse com a obrigação devida, de forma que o devedor romano respondia com sua vida e liberdade pelos seus débitos. Importante que se diga que somente foi alterado esse costume a partir do alastramento da doutrina cristã e das mudanças oriundas do aparecimento do Estado Moderno, quando se transferiu o ônus pelo não adimplemento da dívida do corpo do devedor para o seu patrimônio material, sendo então facultado ao credor apoderar-se dos bens de propriedade do devedor assim que não pagas fossem as suas obrigações.

Eis então que, diante da impossibilidade da coerção corpórea, viu-se o credor em situação de grande vulnerabilidade frente as não raras manobras protagonizadas pelo devedor para que não pagas fossem as suas obrigações. Diante de tal panorama e devido à incidência reiterada de fraudes e simulações que denegriam a credibilidade das operações creditícias, foram criadas, para a proteção do crédito, duas espécies de garantias, quais sejam: a garantia pessoal ou fidejussória e a garantia real ou material. Na primeira, um terceiro se comprometia a pagar o valor devido, caso o devedor principal não o fizesse; na segunda, o próprio devedor empenhava parte de seu patrimônio e o entregava ao credor a fim de assegurar o adimplemento da obrigação contraída, lhe restando o direito de reaver a coisa assim que adimplida fosse a sua obrigação.

O instituto da Alienação Fiduciária remonta à antiguidade. No direito romano já se conhecia o negócio fiduciário sob as figuras da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*.

A fiducia cum amico era tão somente um contrato de confiança e não de garantia em que o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias aleatórias como risco de perecer na guerra, viagem, perdas em razão de acontecimentos políticos, etc. *A fiducia cum creditore* já continha caráter assecuratório ou de garantia, pois o devedor vendia seus

bens ao credor, sob a condição de recuperá-los se, dentro de certo prazo, efetuasse o pagamento do débito. Como se vê, nestas duas espécies de fidúcia havia uma transferência da coisa ou direito para determinado fim, com a obrigação do adquirente de restituí-lo ao alienante, depois de cumprido o objetivo a que se pretendia.(DINIZ, 2010, p. 600).

Esses institutos tiveram grande aplicação na era clássica, mas com Justiniano foram abolidos e, conseqüentemente, não foram adotados pelos códigos filiados ao sistema romano, inclusive pelo nosso Código Civil de 1916.

No plano da economia nacional, importante destacar que a partir de 1930 e especialmente após a Segunda Grande Guerra, foi iniciado vigoroso processo de crescimento econômico no Brasil, notadamente em relação ao setor industrial¹. No período que vai do final da Segunda Grande Guerra até início dos anos sessenta, a economia brasileira cresceu a taxas só igualadas pelos países do bloco socialista. Esse crescimento fora liderado pelo setor industrial, já em expansão desde os anos trinta.

Já na década de 1960, o país entrou em recessão econômica, levando seu parque industrial a entrar em ociosidade, fazendo com que o governo efetivasse uma série de medidas para impulsionar a economia, acelerando o desenvolvimento nacional, contendo a inflação e promovendo reformas sociais. Uma das soluções encontradas foi estimular a empresa privada, canalizando recursos que interagissem, efetivamente, no dinamismo do desenvolvimento. Dentro deste contexto, a professora Maria Helena Diniz expressa sua opinião sobre a ação tomada pelo estado, à época:

Como para isso seria imprescindível uma nova estrutura econômico-jurídica, surgiu o mercado de capitais, constituído por um conjunto de operações e instituições destinadas a angariar recursos para transferi-los aos setores de produção, indústria e

¹ Entre 1945 e 1962, a taxa média de crescimento do PIB brasileiro foi de 7%. Esse crescimento foi liderado pelo setor industrial que, no mesmo período, teve taxa média de crescimento de cerca de 9%. O PIB *per capita* passou de US\$ 701,00 em 1945, para US\$ 1.470,00 em 1962, a preços de 2000.

Tal crescimento veio acompanhado de mudanças estruturais importantes na economia brasileira, notadamente com a instalação no país de um parque industrial diversificado e integrado. Esse processo inicia-se ainda nos anos trinta do século XX, mas intensifica-se durante a Segunda Guerra Mundial. Nesse período, e com mais intensidade nos anos cinquenta, instalaram-se no Brasil setores industriais estratégicos, produtores de insumos básicos, como aço e alumínio, por exemplo, e importantes projetos de infraestrutura nas áreas de transporte e energia.

Essa estrutura industrial foi montada a partir da combinação entre capital privado nacional, capital internacional e investimentos estatais. A presença do estado foi marcante, envolvendo ações que foram muito além das tradicionais funções fiscais e monetárias e de provedor de bens públicos. O Estado atuou não apenas como motivador, mas também como empresário, investindo diretamente na produção.(OLIVEIRA; VIANNA, 2005, p. 28)

comércio. Com o escopo de institucionalizar tal mercado promulgaram-se as Leis n. 4.594/64 e 4.7828/65(DINIZ, 2010, p. 600).

A Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965 e o Decreto Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, ainda na década de 1960 e, posteriormente, as Leis ns. 6.071, de 03 de julho de 1974 e 9.514, de 20 de novembro de 1997(arts. 22 a 33), introduziram em nossa sistemática jurídica a “alienação fiduciária em garantia”, retomando a figura da *fiducia cum creditore* dos romanos.

A implantação em nosso sistema jurídico da alienação fiduciária² em garantia teve grande repercussão no âmbito econômico e social tendo em vista possibilidade do credor, detentor do domínio resolúvel (propriedade resolúvel) e da posse indireta, reaver a posse direta do bem, ou seja, a consolidação do domínio pleno, de forma célere e desburocratizada. Tais características permitiram acesso das classes médias e baixas à aquisição de bens de maior valor.

Outrossim, diante das complexidades e das inúmeras relações comerciais, das crises econômicas e do desemprego estrutural da sociedade, as instituições financeiras, temendo o inadimplemento de suas obrigações, utilizaram-se do instituto da Alienação Fiduciária em Garantia, a fim de mitigar a chance de prejuízo e tornar mais célere a recuperação de seus créditos.

² A introdução da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro originou-se de proposta dos advogados cariocas José Luiz Bulhões Pedreira e George Siqueira, feita no bojo da discussão da reforma do mercado de capitais que o governo Castello Branco, em 1965, patrocinava. De acordo com a justificação apresentada pelo primeiro aos Ministros da Fazenda (Gouveia de Bulhões), Indústria e Comércio (Daniel Faraco) e Planejamento (Roberto Campos): "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 [porque] transfere o próprio domínio, e não apenas constitui um direito real de garantia[...]”(1).

A sugestão no sentido de introduzir no direito brasileiro a alienação fiduciária em garantia, porém, não foi acolhida pelos Ministros e o projeto de lei de reforma do mercado de capitais seguiu para o Congresso sem qualquer referência ao instituto. Prevalcera, no âmbito do Poder Executivo, o entendimento de que o projeto estava já sobrecarregado de matérias não diretamente ligadas ao seu objeto. Parecia já, no dizer de Gouveia de Bulhões, uma "colcha de retalhos".

Na Câmara dos Deputados, aprovou-se o projeto de lei sem alterações. No Senado Federal, porém, em razão de emenda do Senador Daniel Krieger, apresentada em plenário, e de sub-emenda do Senador Jefferson de Aguiar, na Comissão de Constituição e Justiça, a sugestão de Bulhões Pedreira e George Siqueira foi aproveitada. Delas resultou o art. 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, o primeiro dispositivo a tratar, no direito brasileiro, da propriedade fiduciária como instrumento de garantia de crédito. Posteriormente, pelo Dec.-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, aperfeiçoaram-se tanto a definição do instituto como as regras de direito processual assecuratórias da efetividade da garantia.(Artigo: As origens do instituto da alienação fiduciária. Autor: Fábio Ulhoa Coelho.

Disponível

em<http://www.fiscolex.com.br/doc_10230072_A_CESSAO_FIDUCIARIA_DE_TITULOS_DE_CREDITO_O_U_DIREITOS_CREDITORIOS_E_A_RECUPERACAO_JUDICIAL_DO_DEVEDOR_CEDENTE.aspx>.

Acessado em 1º de novembro de 2011.

2.2 Breves digressões históricas sobre o tema na legislação brasileira

Antes de adentrarmos nos conceitos doutrinários e legislativos sobre a alienação fiduciária, especialmente em relação a bens móveis infungíveis, objeto específico de nosso estudo, importante fazermos uma breve análise cronológica das principais alterações ocorridas ao longo do tempo, referentes ao instituto da alienação fiduciária em nossa legislação:

- a) **Lei n. 4.728/65- A lei inaugural-** Conforme já informado na subseção anterior deste trabalho, o Código Civil de 1916 desconheceu o instituto da alienação fiduciária em garantia³, o qual foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplinara o mercado de capitais e as medidas para o seu desenvolvimento. A referida lei tratou, na seção XIV, intitulada da Alienação Fiduciária em Garantia, nos dez parágrafos do seu então vigente art. 66 (que posteriormente fora revogado pelo Decreto Lei n. 911/69), **o qual previa apenas a alienação fiduciária em garantia de bem móveis e infungíveis⁴ e referentes a negócios no âmbito do mercado financeiro e de capitais;**

- b) **Decreto Lei 911/69- Normas processuais-** Em 01.10.1969 entra em vigor o Decreto Lei n. 911, que estabeleceu normas processuais sobre alienação fiduciária, dentre outras providências. O Decreto Lei n. 911/69 era composto, inicialmente, por nove artigos, sendo o art. 1º relativo à alteração do art. 66 da Lei n. 4.728/65, que tratava da alienação fiduciária, em termos materiais. Os demais artigos do Decreto Lei n. 911/69 tratavam de questões de cunho processual do referido instituto. Assim como a Lei n. 4.728/65, o Decreto Lei n. 911/69 continuava a tratar apenas da alienação fiduciária de bens móveis e infungíveis;

³ A falta de sistematização levou Orlando Gomes a revelar as dúvidas que o instituto suscita: “A alienação fiduciária em garantia, tal como se acha legalmente esquematizada entre nós, tem provocado desencontro de interpretações e controvérsias acadêmicas em quase todos os pontos atacados pela doutrina. Censura-se a sua denominação, tergiversa-se na determinação de sua origem, vacila-se na sua conceituação, na fixação dos elementos da relação jurídica, na determinação do conteúdo e na definição de natureza jurídica”. É bem verdade que tais críticas foram anteriores ao Código Civil de 2002[...] (THEODORO, 1994, p. 460, apud NADER, 2006, p. 326,).

⁴ INFUNGIBILIDADE. É a qualidade da coisa que não pode ser substituída por outra ainda que da mesma espécie, qualidade ou quantidade, Ex: Obra de arte. (PESSOA, 2006, p. 176).

- c) **Lei n. 9.514/97- Alienação Fiduciária de bem imóvel-** A Lei n. 9.514, de 20.11.1997, que tratou sobre o sistema financeiro imobiliário, além de regular vários outros institutos em prol do financiamento imobiliário, **instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel.** A finalidade desse diploma legal foi possibilitar e facilitar o financiamento imobiliário em geral. No tocante à alienação fiduciária, ao contrário de outras modalidades do sistema, o legislador expressamente possibilitou qualquer pessoa física ou jurídica contratá-la, não sendo privativa das entidades que operam o Sistema Financeiro Imobiliário;
- d) **Lei n. 10.406/2002- Alienação Fiduciária nos negócios em geral-** A partir de 10.01.2002, com a entrada em vigor da Lei n. 10.406, que instituiu o novo Código Civil (CC/2002), passou o códex em referência a tratar no Livro III- Do Direito das Coisas, Título III- Da Propriedade, Capítulo IX, da Propriedade Fiduciária, disciplinada nos seu artigos 1.361 a 1.368. No aludido código, o legislador tratou apenas da alienação fiduciária de bens móveis infungíveis, conforme artigo 1.361, *in verbis*: “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”. Desta forma, com a entrada em vigor no CC/2002, o legislador consolidou, no âmbito dos negócios em geral, a possibilidade de ser contratar mediante alienação fiduciária em garantia, tendo por objeto apenas bens móveis infungíveis, ou seja, perfeitamente identificáveis⁵. Importante ressaltar que o Código Civil de 2002 não derogou a Lei n. 9.514/97, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis. Ou seja, **com a entrada em vigor do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) no ordenamento jurídico brasileiro, apenas era possível a alienação fiduciária, tendo por objeto: bens móveis infungíveis, segundo regra geral do Código Civil então vigente e regras específicas contidas na Lei n. 4.728/65, art. 66, com redação dada pelo Decreto Lei 611/69, e a alienação fiduciária de bens imóveis, na forma da Lei n. 9514/97;**

⁵ Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterà:

[...]

IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.(GRIFO NOSSO).

Lei 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 29/10/2011.

e) **Lei n. 10.931/2004- A lei reformadora-** Em 02.08.2004 é sancionada a Lei n. 10.931. Referido normativo, dentre outras disposições, alterou a o Decreto Lei n. 911/69 e a Lei n. 4.728/65, além do próprio Código Civil. Dentre as principais alterações efetuadas ao instituto da alienação fiduciária e inseridas pela Lei n. 10.931/2004, temos:

- Nova redação da Seção XIV da Lei n. 4.278/65, com inserção do artigo 66-B(e consequente exclusão do art. 66, cuja redação havia sido dada pelo Decreto Lei n. 911/69); Simplificando o texto contido no artigo revogado, mesmo porque já se tinha vigência no CC/2002, que tratou em linhas genéricas do assunto, trouxe o artigo 66-B, em seu parágrafo 3º, **a possibilidade de alienação de coisa fungível**, além da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis⁶.

- Alteração do art. 3º do Decreto Lei n. 911/69, com a alteração/exclusão dos seis parágrafos existentes e a alteração/inserção de oitos parágrafos. Importante lembrar que o Decreto Lei n. 911/69, além de alterar o art. 66 da Lei 4.278/65, trouxe normas de cunho processual ao instituto da alienação fiduciária. Neste sentido, com a Lei n. 10.931/04, os parágrafos do art. 3º do Decreto Lei n. 911/69 passaram a ter nova redação sobre os procedimentos da ação de busca e apreensão.

- A Lei n. 10.931/2004 ainda inseriu o art. 8º-A no Decreto Lei n. 911/69, ressaltando que o processo judicial disposto no aludido decreto se aplicava exclusivamente às hipóteses da Seção XIV da Lei n. 4.728/65, ou quando o ônus de

⁶ Lei n. 10.931/2004. Art. 55. A [Seção XIV da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965](#), passa a vigorar com a seguinte redação:

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.

[...]

§ 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.

[...]

propriedade fiduciária tiver constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário.

- Outra alteração da lei em comento foi a inserção do artigo 1.368-A no CC/2002, com fulcro de declarar que as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições constantes no CC naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

Outras foram as alterações promovidas pela Lei n. 10.934/2004, dentre as quais podemos destacar em relação à Lei n. 9.514/97, que trata sobre a alienação fiduciária de bens imóveis. Não teceremos maiores comentários, tendo em vista não ser este o foco do presente estudo.

2.3 Conceito e caracteres

Como o foco do presente trabalho é a análise da alienação fiduciária em garantia, relativamente a bens móveis infungíveis, cabe destacar as características da alienação fiduciária, segundo **o caput do artigo 66, do Decreto-lei n. 911/69, cujo artigo fora revogado pela Lei n. 10.931/2004**, possuindo texto do artigo, entretanto, importante contribuição didática para o entendimento do instituto da alienação fiduciária em garantia:

Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas(sic) as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Já o renomado prof. Orlando Gomes apresenta o seguinte conceito para o instituto da Alienação Fiduciária:

Em sentido lato, a *alienação fiduciária* é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, *em confiança*, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou que lhe seja pedida a restituição. (GOMES, 1983, apud VENOSA, p. 417).

O vocábulo *fidúcia*, do latim *fiducia, fidere*, significa *confiança*. Diz-se que o elemento *confiança* está presente na relação, pois o devedor fiduciante transfere um bem de seu patrimônio ao credor fiduciário, em confiança. Este, de algum modo, também deposita confiança no devedor fiduciante, que permanece com a posse direta da coisa dada em garantia.

Segundo opinião do ilustre professor Paulo Nader, não se justifica o destaque atribuído aquele elemento subjetivo (confiança), pois a modalidade contratual revela mecanismo de proteção tanto ao fiduciante quanto ao fiduciário. Ainda segundo o nobre jurista:

Daí assistir razão a Fabrício Zamprogna Matiello ao afirmar que “o negócio que dá nascedouro à propriedade fiduciária estriba-se em um arcabouço jurídico em que não há lugar para a confiança em sua verdadeira acepção como elemento necessário.” (MATIELLO, 2003, apud NADER, 2006, p. 328).

Entendemos que o vocábulo *confiança* existe, de algum modo, pois tanto ao credor quanto ao devedor, são imputados direitos e obrigações. Confiança, aliás, é requisito básico para a formação de qualquer contrato, já que seu conceito entrelaça-se com o de consentimento, que seria a declaração mútua de vontade entre as partes. É certo, entretanto, que uma vez inadimplida a operação, por exemplo, as medidas para a retomada do bem pelo credor são por demais céleres e desburocratizadas, se comparadas com as formas de garantia real como hipoteca, penhor a anticrese. Mas não há que se negar que a intenção dos contraentes é, ou deve ser, primordialmente, o pagamento das prestações, ou seja, a quitação

da obrigação ao credor e a consequente aquisição da propriedade do bem pelo devedor, sendo, por demais, necessário que se tenha confiança entre as partes.

Ainda sobre o conceito da alienação fiduciária, o vigente Código Civil, no *caput* do artigo 1.361, traz: “**considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor**” (grifo nosso).

Conforme já dito, o revogado artigo 66 da Lei n. 4.728/65, vigente antes do artigo 66-B (inserido pela Lei 10.931/2004), e que foi acrescentado pelo Decreto Lei n. 911/69, trazia definição e características do que seria a alienação fiduciária em garantia. Com a alteração do referido artigo, não mais a Lei 4.728/65 trouxe uma definição clara do que seria a alienação fiduciária em garantia, deixando o legislador a definição para o código civil, que é lei geral e ampla na seara cível. A medida, entendemos, foi acertada, pois simplifica a interpretação, evita entendimentos dúbios e põe as leis em destaque nos seus devidos lugares.

Elucidando entendimento, Eduardo Salomão Neto, simplifica o tema, apresentando inovação trazida pelo novo Código Civil:

A alienação fiduciária em garantia nada mais é do que forma de constituição da propriedade fiduciária. Dito isto, a propriedade fiduciária é inovação do código civil de 2002 que basicamente estende o regime da alienação fiduciária de coisas móveis infungíveis a qualquer pessoa física e jurídica. Isto devido a abrangência do Código Civil, que não é lei limitada ao mercado financeiro e de capitais, como é a Lei n. 4.728/65, onde originalmente se inseriu o dispositivo da alienação fiduciária. (SALOMÃO NETO, 2005, p. 471).

Em termos práticos, a situação acontece da seguinte maneira: um comprador “X” pretende adquirir determinado bem móvel. Como não possui recursos em sua totalidade para pagar ao seu fornecedor o bem pretendido, o comprador “X” contrai financiamento com determinada financeira “Y”, a qual lhe fornece o *quantum* necessário para que “X” pague o valor integral do bem (exemplo: parte de recursos próprios de “X” e parte financiamento concedido pela financeira “Y”) ao respectivo fornecedor. Entretanto, para assegurar de forma mais efetiva, prática, se resguardando de sobremaneira do pagamento da obrigação, a

financeira “Y” recebe a propriedade fiduciária do bem objeto de financiamento, como garantia de que “X” (fiduciante), possuidor direto, far-lhe-á o pagamento. “Y” (fiduciário) é, portanto, proprietário e possuidor indireto. Caso o fiduciante não honre seu compromisso, o fiduciário poderá alienar o objeto, a fim de receber seu crédito e despesas efetuadas⁷.

Não se trata, conforme se observa, de um direito real sobre coisa móvel alheia, como a *hipoteca*, o *penhor*, a *anticrese*. Daí José Carlos Moreira Alves justificar a não inclusão do instituto entre os direitos reais limitados, pois se trata, em sua opinião, de *modalidade de domínio limitado*.

Neste sentido, diverge a doutrina sobre a natureza jurídica do instituto da alienação fiduciária. Enquanto para alguns autores, como Caio Mário da Silva Pereira, a propriedade fiduciária constitui um *direito real de garantia*, para outros, a exemplo de José Carlos Moreira Alves (1979 apud NADER, 2006, p. 329), a identifica como um *direito real típico*: “*trata-se de propriedade limitada cujas restrições- inclusive resolubilidade- lhe são impostas pela lei, para atender ao escopo de garantia*”. Para Sílvio Rodrigues (2003 apud NADER, 2006, P. 329): “a natureza jurídica do instituto da alienação fiduciária corresponde à *compra e venda feita sob condição resolutiva*”.

Importante destacar que a opinião do professor Moreira Alves, influenciou a elaboração do Código Civil de 2002, que não incluiu a propriedade fiduciária entre os direitos reais de garantia, abrindo-lhe capítulo próprio no título dedicado à propriedade. Neste sentido, importante relato fora efetuado pelo nobre e saudoso jurista e filósofo Miguel Reale:

De grande alcance prático é o instituto da propriedade fiduciária, disciplinado consoante proposta feita pelo Prof. José Carlos Moreira Alves, que acolheu sugestões recebidas do Banco Central do Brasil e analisou cuidadosamente ponderações feitas por entidades de classe. (REALE, 1999, P. 85).

⁷ Decreto Lei n. 911/69. Art. 2º. No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA MÓVEL INFUNGÍVEL

3.1 Requisitos subjetivos

Podem contratar, mediante alienação fiduciária em garantia de bem móvel infungível, qualquer pessoa física ou jurídica. É o que se infere, após inserção da propriedade fiduciária no capítulo IX, dentro do título III- Da propriedade, junto ao Código Civil de 2002. Sendo lei geral, o Código Civil se aplica às pessoas físicas e jurídicas, desde que tenham capacidade genérica e aptidão específica.

A inserção da propriedade fiduciária pelo novo Código Civil, retirou das instituições financeiras e assemelhadas o privilégio de se contratar tendo como garantia a alienação fiduciária de bens móveis (segundo interpretação que se extrai da Lei n. 4.728/65, em seu texto original). O enquadramento e possibilidade de quais entidades podem contratar no âmbito da legislação especial (Lei n. 4.728/65 e Decreto Lei n. 911/69) é pertinente e útil, **pois se o credor se enquadrar no âmbito das leis especiais, o mesmo terá situação privilegiada, notadamente ao trâmite processual, em caso de inadimplemento, podendo o mesmo valer-se da ação autônoma de busca e apreensão.**

Havia dúvida por parte da doutrina se enquadrariam na legislação especial também pessoas jurídicas de direito público e até mesmo particulares, ou melhor, a entidade não pertencente à rede bancária ou financeira. A dúvida era pertinente, devido o art. 5º do Decreto Lei n. 911/69 prescrever que o credor pode optar entre a ação executiva, ou, se for o caso o executivo fiscal, dando a entender que poderia se contratar com outras entidades de direito público e, quiçá, até particulares.

A nosso ver, as possibilidades de execução prevista no artigo 5º do Decreto Lei n. 911/69, davam ensejo a pertinente discussão em relação às entidades de direito público, notadamente autarquias (assim, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) poderá, exemplificativamente, aceitar de um contribuinte em débito a alienação fiduciária em garantia de bens que asseguram a liquidação do total da dívida levantada).

Entretanto, não assistimos razão que se considerasse que por conta da redação do artigo 5º do Decreto Lei n. 911/69 prever a possibilidade de o credor preferir recorrer a ação executiva, ter-se o entendimento que outros, que não aqueles que compõem o mercado financeiro e de capitais estariam abarcados pelas leis especiais. Quis o legislador, no nosso entendimento, de forma acertada, ressaltar que poderia o credor optar pela ação executiva, se assim considerasse pertinente e tendo em vista diversas razões (ex: no caso do credor já ter conhecimento do perecimento do bem objeto de alienação ou o mesmo estar com valor diminuto em relação ao saldo devedor, poderia o credor atacar o patrimônio do credor por meio de ação executiva sem nem mesmo intentar ação de busca e apreensão, que teria por objeto o bem específico da alienação).

A questão, entendemos, está resolvida. Após inclusão pela Lei n. 10.931/2004 do artigo 66-B na Lei n. 4.728/65, o qual prevê na redação do seu *caput* os requisitos que devem ter: os contratos com alienação fiduciária celebrados no âmbito do mercado financeiro e de capitais, *bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários*. **Desta forma, pelo conteúdo da redação do artigo em referência, não há que se ter dúvidas que somente aqueles contratos abrangidos pelo *caput* do artigo 66-B são os regidos pela legislação especial (Lei n. 4.728/65 e Decreto Lei n. 911/69)**

Importante destacar que a novel lei geral cível (CC/2002), trouxe *grande novidade* em relação à possibilidade de outras pessoas, que não instituições financeiras e assemelhadas contratarem tendo como garantia a alienação fiduciária de “bens móveis”. Dizemos *novidade* e “bens móveis”, porque a Lei n. 9.514/97 ao trazer a possibilidade de alienação fiduciária de bens imóveis, em seu art. 22, § 1º (com redação da Lei n. 11.481/2007), já permitia que as pessoas físicas e jurídicas em geral (ou seja, que não instituições financeiras e assemelhadas) firmassem contratos tendo como garantia bens imóveis alienados em garantia⁸.

⁸ Lei 9.514/1997. Art. 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.

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada **por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:** [...](grifo nosso).

Tendo as pessoas capacidade genérica para os atos da vida civil e capacidade de disposição, deve o alienante possuir domínio sobre o bem dado em garantia⁹ e o poder de dispor livremente sobre ele. Aquele que ainda não for proprietário também pode constituir a alienação fiduciária em garantia, desde que venha a adquirir o bem posteriormente¹⁰, hipótese em que os efeitos da aquisição retroagirão à data do contrato, considerando-se a propriedade do fiduciário transmitida apenas no momento em que se dá a aquisição da coisa pelo devedor.

Em resumo, podem celebrar contratos tendo como garantia a alienação fiduciária de bens móveis infungíveis, as pessoas físicas e jurídicas em geral, tendo em vista mandamentos previstos no Código Civil de 2002 e, segundo as regras gerais previstas em referido código. Já sob a égide dos mandamentos previstos em leis especiais, ou seja: a Lei n. 4.728/65 e Decreto Lei n. 911/69, e segundo suas particularidades, apenas podem contratar tendo como garantia a alienação fiduciária de bens móveis infungíveis, aqueles que fazem parte do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários

3.1.1 Direitos e obrigações do fiduciante e fiduciário

Como de praxe nos contratos em geral, ficarão credor e devedor, respectivamente fiduciário e fiduciante, com direitos e obrigações inerentes ao acordo firmado, o qual, evidentemente, terá como pano de fundo a alienação fiduciária as particularidades que lhe são próprias.

⁹ Súmula n. 28 do STJ: “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o património do devedor”.

¹⁰ Lei 10.406/2002(CC). Artigo 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.
[...]

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.
[...]

Segundo ensinamentos da professora Maria Helena Diniz, apresentamos alguns direitos e obrigações do fiduciante:

Direitos e obrigações do fiduciante:

São seus os *direitos* de:

- 1) Ficar com a posse direta da coisa alienada em garantia fiduciária. O alienante ou fiduciante (devedor) possuirá, então, em nome do adquirente (CC, art. 1361, § 2º; Lei n. 4.728, art. 66, § 2º; Lei n. 9.514/97, art. 23, parágrafo único), conservando-a em seu poder com as obrigações de depositário (Ciência Jurídica, 80:125). [...]
- 2) Haver restituição simbólica do bem dado em garantia, assim que pagar sua dívida, com a baixa que se processará no Registro de Títulos e Documentos onde se acha arquivada a cópia e microfilme do instrumento constitutivo, já que tem a posse direta desde o começo da relação jurídica, pois não alienou sua propriedade fiduciária em caráter definitivo ou permanente. [...]
- 3) Reivindicar coisa, pois uma vez pago o débito, não pode o fiduciário recusar-se a entregar o bem a quem o alienou fiduciariamente em garantia da obrigação, já que a alienação fiduciária é uma venda resolúvel.
- 4) Receber do fiduciário o saldo da venda da coisa alienada, efetivada por força do inadimplemento da obrigação. [...]
- 5) Intentar ação de consignação em pagamento, se o credor recusar-se a receber o pagamento da dívida ou dar quitação, valendo a sentença como título liberatório e de recuperação da propriedade do bem alienado fiduciariamente.
- 6) Purgar a mora (art. 3º, § 2º, do Decreto Lei n. 911/69).
- 7) Transmitir, com anuência do fiduciário, os direitos de que seja titular sobre imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações (art. 29 da Lei n. 9154/97 e CC, art. 1365, parágrafo único). [...]

As *obrigações* do fiduciante são:

- 1) Respeitar a alienação fiduciária em garantia, solvendo sua dívida com todos os acessórios (juros, comissões permitidas, atualização monetária de conformidade com os índices estipulados); pagando, pontualmente as prestações a que se obrigou a pagar, se a *solutio* consistir em parcelas periódicas, sujeitando-se à execução da garantia, se for inadimplente (CC, art. 1.421 c/c o art. 1.367. [...])
- 2) Manter e conservar o bem alienado, defendendo-o com todos os interditos possessórios contra os que turbarem ou esbulharem sua posse.
- 3) Permitir que o credor ou fiduciário fiscalize, em qualquer tempo o estado da coisa gravada.
- 4) Não dispor da coisa alienada fiduciariamente, onerosa ou gratuitamente, porque o bem não mais lhe pertence, é de propriedade do seu credor.
- 5) Entregar o bem, no caso de inadimplemento da sua obrigação, sujeitando-se às penas impostas ao depositário infiel. [...]

6)Continuar obrigado, pessoalmente, pelo remanescente da dívida, se o produto alcançado pela venda (judicial ou extrajudicial) do bem, realizada pelo credor, não for suficiente para saldar a dívida e as despesas efetuadas com a cobrança (CC, art. 1.366).[...] (DINIZ, 2010, p. 611).

Os direitos e deveres do fiduciário tem estreita relação com o do fiduciante, já que se encontram em polos opostos na relação, sendo que o direito de um certamente irá significar o dever do outro e vice-versa.

Relacionamos, de forma sucinta, alguns *direitos* do credor (fiduciário):

1) Ser proprietário *pro tempore* da coisa gravada que lhe é transferida apenas com a posse indireta, independentemente da sua tradição;

2) Vender, judicial ou extrajudicialmente, a terceiros a coisa que adquirir fiduciariamente, a fim de se pagar, aplicando o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, se inadimplente o fiduciante, entregando a este o saldo que, porventura, houver (art. 1.364 do CC). 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 (CC, art. 1.365);

3) Continuar credor do fiduciante se o preço da venda não der para satisfazer seu crédito nem as despesas de cobrança (CC, art. 1.366);

4) Mover ação de depósito contra o fiduciante ou a pessoa que lhe seja por lei equiparada (CPC, art. 366), para obter a restituição do objeto depositado ou seu valor equivalente em dinheiro, se o bem não for encontrado ou se não estiver na posse do devedor, ou ainda, se este se recusar a devolvê-lo, em caso de não pagamento do seu débito;

5) Pedir a devolução da coisa alienada fiduciariamente, se houver falência do fiduciante;

6) Oferecer embargos de terceiro, se o bem for penhorado por qualquer credor;

7) Requerer a busca e apreensão do bem;

São *deveres* do credor (fiduciário):

1) Proporcionar ao fiduciante o financiamento, empréstimo ou entrega de mercadoria a que se obrigou;

2) Respeitar o uso da coisa alienada pelo fiduciante, na forma do art. 1.363 do CC;

3) Restituir o domínio do bem gravado assim que o fiduciante pagar integralmente seu crédito, quitando no próprio título para respectiva baixa;

4) Empregar o produto da venda da coisa alienada, se inadimplente o devedor, no pagamento de seu crédito, juros e despesas da cobrança (CC, art. 1.364);

5) Entregar ao devedor o saldo que houver do valor obtido com tal venda, que foi suficiente para solver o débito, bem como todos os acessórios e despesas de cobrança (CC, art. 1.364);

3.1.2 Terceiros interessados

Sobre terceiros, interessados ou não, inclusive avalistas e fiadores, a legislação especial, pertinente aos contratos firmados junto ao mercado financeiro ou de capitais, além de contratos em garantia de créditos fiscais e previdenciários, trata do assunto por meio do *caput* art. 6º do Decreto Lei n. 911/69, *in verbis*: “O avalista, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor, se sub-rogará, de pleno direito no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária”.

Também a lei geral cível, também trata do assunto constante no seu art. 1.368 do Código Civil: “O terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária”.

Terceiro interessado é quem se vincula ao negócio jurídico não como parte, mas como garantidor, como é o caso dos fiadores e avalistas. Já o terceiro não interessado não possui qualquer espécie de liame com o negócio, que para ele é *res inter alios*. Para a sub-rogação o terceiro efetua o pagamento da dívida ou empresta o necessário ao devedor para quitar a obrigação. Ao despende a importância, o terceiro assume a posição do credor fiduciário, substituindo-o na relação jurídica com o devedor fiduciante. Na interpretação de Silvio de Salvo Venosa (2003, apud NADER, 2006, p. 339), ao permitir que terceiro não interessado se sub-rogue nos direitos, a Lei Civil franqueou ao credor a cessão de seus créditos sem a necessidade de concordância do devedor. Tal possibilidade favorece a circulação dos créditos, atendendo à conveniência de o credor valer-se dos serviços de empresas especializadas em cobrança de títulos.

Importante destacar que a propriedade fiduciária e sua respectiva formalidade, transcrita pela alienação fiduciária em garantia, ser meio, em tese, eficaz e por demais seguro (tendo em vista a propriedade resolúvel do credor e possibilidade, no caso da legislação especial, da ação autônoma de busca e apreensão), nada impede que se amplie a segurança do negócio, vinculando terceiros, avalista ou fiadores aos contratos. Tal prática é muito comum no âmbito do mercado bancário, notadamente em relação às operações firmadas com empresas (pessoas jurídicas) tendo como garantia de alienação fiduciária de bens móveis. Como forma de comprometer o patrimônio dos sócios e vinculá-lo pessoalmente à operação, instituições financeiras, na quase totalidade de suas operações, exigem o aval ou fiança de todos os sócios, ou, pelo menos, dos sócios administradores cuja soma represente, pelo menos 50% do capital social das empresas.

No caso de contratos firmados tendo como devedor pessoa jurídica, o vínculo de terceiros tem importância seja pela vinculação da capacidade financeira e patrimonial dos avalistas e fiadores, na esfera financeira/patrimonial, seja pela vinculação do compromisso pessoal, na esfera moral e psicológica, independentemente do compromisso firmado pela pessoa jurídica.

3.2 Requisitos objetivos

Reza o *caput* do artigo 1.361 do Código Civil: “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de *coisa móvel infungível* que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

Como já tratado, com a instituição do novo Código Civil, passou-se a regular a propriedade fiduciária nos contratos em geral, ou seja, diferentemente da Lei n. 4.728/65, que tratava apenas e especificamente da alienação fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais.

Ressalte-se, a Lei n. 10.406/2002(CC) previu apenas a propriedade fiduciária de bens móveis *infungíveis*. Já a Lei n. 4.728/65, por meio de inovação trazida pela Lei n.

10.931/04 também regulou a propriedade fiduciária de bens móveis *fungíveis*¹¹. Ou seja, é possível, nos contratos com garantia de alienação fiduciária firmados no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, o bem objeto da alienação ser móvel fungível (além de títulos de crédito). A inovação, apesar de ser assunto bastante interessante e instigante para a esfera empresarial, não será tratada de forma pormenorizada, tendo em vista que o objeto de nossa análise é o bem móvel “*in commercium*” e *infungível*.

3.2.1 Bens móveis e infungíveis

Bens móveis são os que, sem deterioração na substância ou forma, podem ser transportados de um lugar para o outro, por força própria ou estranha.

Fazendo um paralelo com o bem imóvel, é de se destacar que este, desde a idade média, possui primazia em relação ao bem móvel. Hodiernamente, o bem móvel vem assumindo grande importância, principalmente pela vantagem de sua livre circulação e seu alto valor. Máquinas, automóveis, instrumentos, direitos expressos em títulos de sociedade são móveis, tem grande valor e desempenham importante papel na economia.

Segundo o art. 82 do Código Civil de 2002: “**São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social**”. Segundo Clóvis Beviláqua (1972, apud DINIZ, 2004, p. 298), no primeiro caso temos os semoventes, que são os animais, e, no segundo, os móveis propriamente ditos: mercadorias, moedas, objetos de uso, títulos de dívida pública, ações de companhia, etc.

¹¹ A Lei n. 4.728/65, quando de sua publicação e, posteriormente, com alteração de seu art. 66 pelo Decreto Lei n. 911/69, continuava a tratar apenas da alienação fiduciária de *bens móveis infungíveis*. Já a possibilidade de alienação de bens móveis fungíveis, foi inovação trazida pela Lei 10.931/2004, que deu nova redação ao parágrafo § 3º da Lei 4.728/65.

Sobre a fungibilidade ou infungibilidade dos bens, prevê o *caput* do art. 85 do vigente Código Civil (grifo nosso): **“São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”**.

A fungibilidade ou infungibilidade resultam da individuação, ou seja, da quantidade ou qualidade. Segundo Clóvis Beviláqua (1972, apud DINIZ, p. 305), a fungibilidade é própria de bens móveis, sendo o resultado da comparação entre duas coisas equivalentes.

Na prática, infungível será o bem objeto da alienação fiduciária, o qual não pode ser substituído por outro, mesmo que de igual qualidade, porque o bem específico alienado fiduciariamente é que é objeto da propriedade resolúvel. Em tese, o credor quererá o bem objeto de garantia e de domínio resolúvel, independentemente se o bem se desgastou, deteriorou (sem culpa ou dolo do devedor), porque assim fora acordado. Já o devedor, em caso de não cumprimento de inadimplemento de suas obrigações, não é obrigado a substituir o bem por outro, mesmo que este tenha se deteriorado ou desgastado e sim o de entregar o próprio bem objeto da garantia.

Tomando lição do professor Paulo Nader, apreendemos:

Recaíndo a garantia do fiduciário sobre a coisa móvel esta, necessariamente, há de ser infungível, durável e inconsumível, ou seja, pertencente à categoria de coisas que não podem ser substituídas por outras de igual espécie, quantidade e qualidade, além de se perder com o uso, como por exemplo, a pintura artística, o veículo automotor, o animal devidamente caracterizado, aparelhos eletrônicos, eletrodomésticos. A razão da infungibilidade é a necessidade de se identificar o objeto na hipótese de busca e apreensão. Os veículos podem figurar na alienação fiduciária, pois os chassis são numerados, o que possibilita a sua identificação.(NADER, 2006, p. 331).

Sobre a assertiva do professor Paulo Nader, cabe o destaque que, na prática, no âmbito dos contratos firmados junto às instituições financeiras, são vedadas ou, pelo menos, evitadas, as alienações fiduciárias em garantia que tenham por objeto: bens de rápida e/ou fácil deterioração, assim entendidos como aqueles que exijam comercialização imediata, seja pelo rápido perecimento ou por prazo de validade ou cuja manutenção ou armazenamento dependam de estrutura própria de conservação. São exemplos de tais bens os seguintes: frutas,

hortaliças, congelados, embutidos, laticínios etc., todos dependentes de resfriamento para sua conservação e com prazo de validade para consumo.

Também as instituições financeiras evitam receber em garantia bens de rápida depreciação, assim caracterizados pelo seu grau elevado de depreciação e avaria, iliquidez no mercado após arrematação ou apreensão judicial, fácil extravio, rápida defasagem tecnológica e consequente obsolescência ou por se constituírem como bens descartáveis ou eletrodomésticos. São exemplos de referidos bens, os seguintes: geladeiras, freezers, aparelhos de ar condicionado, microcomputadores, impressoras, scanners, mouses, liquidificadores, fornos de micro-ondas, aparelhos telefônicos, bateadeiras, rádios, televisores, toca CDs, vídeo cassetes, aparelhos de DVD, antenas parabólicas, microfones, pneus, expositores, estufas para exposição de alimentos, etc.

Quando muito, as instituições financeiras, quando tais bens forem objeto de financiamento, os tomam em alienação fiduciária para fins morais, psicológicos, tendo em vista impossibilidade de venda, sem o devido consentimento do credor, a qual, em ocorrendo, o devedor cometerá o crime previsto no artigo 171, § 2º, I, do Código Penal, conforme previsto no § 2º do artigo 66-B, da Lei n. 4.728/65, *in verbis*: “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”.

Percebemos que a fungibilidade ou infungibilidade advém da natureza da coisa. Entretanto, há em parte da doutrina entendimento de que o que pode ocorrer é a possibilidade dos contratantes tornarem infungíveis coisas fungíveis. Neste sentido, mais uma vez, vale destacar lição do ilustre professor Paulo Nader, sobre a alienação fiduciária de coisas móveis:

Não há motivo de ordem ética nem princípio geral de Direito que impeça a extensão do instituto às coisas móveis fungíveis. O impedimento é apenas de natureza prática, dadas as dificuldades de se identificar o objeto do contrato. Por princípio de segurança jurídica não é conveniente que os tribunais, verificando a realidade de cada caso, admitam concretamente a possibilidade, pois tal atitude poderá ser um estímulo à prática de novos contratos que nem sempre se ajustarão às razões determinantes das decisões. A hipótese não seria equidade(sic), mas puro casuísmo.(NADER, 2006, p. 332).

Notemos que o ilustre jurista disserta sobre a possibilidade de se constituir alienação fiduciária em garantia tendo por objeto bem móvel fungível no âmbito dos contratos em geral, ou seja, fora do mercado de capitais e mercado financeiro, já que estes já permitem a alienação fiduciária de bens móveis fungíveis (por força do § 3º do art. 66-B, da Lei n. 4.728/65).

A nosso ver, a opinião do professor Paulo Nader vai ao encontro da do legislador, pois parece ser esse mesmo o seu entendimento, ou seja, de que **cabe às partes contratantes tornar o bem objeto de alienação, em específico, infungível**, recaindo ao proprietário fiduciário (credor), caso não seja mesmo possível a identificação do bem, o ônus da prova, contra terceiros, na forma do § 1º, do art. 66-B, da Lei n. 4.728/65, *in verbis*:

Se a coisa objeto da 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.

3.3 Requisitos formais

O negócio firmado entre os contratantes (credor-fiduciário e devedor-fiduciante) deve atender às regras básicas norteadoras da formação dos pactos em geral, previstas na Lei Civil a partir do art. 421¹². A propriedade fiduciária deve ser celebrada através de contrato

¹² Lei 10.406/2002(CC). Artigos 421 a 422:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

escrito, público ou particular, formando-se a propriedade fiduciária pelo registro. Dispõe o § 1º, do art. 1.361 do CC, *in verbis*:

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 a anotação no certificado de registro.

Sobre o contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, dispõe o CC, art. 1.362, *in verbis*:

Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterá:

I - o total da dívida, ou sua estimativa;

II - o prazo, ou a época do pagamento;

III - a taxa de juros, se houver;

IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

Com a inserção da propriedade fiduciária no CC/2002, os requisitos básicos para a formação dos contratos com propriedade fiduciária em geral ficaram definidos segundo o art. 1.362 do Código Civil. Os contratos com garantia de alienação fiduciária celebrados no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverão conter, além dos requisitos definidos na Lei 10.406/2002-Código Civil: a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos, conforme artigo 66-B da Lei n. 4.728/65, com inclusão e redação dada pela Lei n. 10.931/2004.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

O instrumento de contrato, seja ele público ou particular, só valerá contra terceiros, sendo oponível *erga omnes*, quando uma de suas vias ou microfilme for arquivado no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro¹³. Com o arquivamento, tornar-se-á pública a garantia¹⁴.

¹³ Súmula 92 do STJ: “A terceiro de boa fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do Veículo Automotor”.

¹⁴ O Projeto de Lei n. 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, pretendia modificar o art. 1.361, §§ 1º e 3º, que passaria a ter o seguinte teor:

“§ 1º Constitui-se 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 e, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz a transferência da propriedade fiduciária.”.

A proposta de alteração do § 1º do art. 1361 atende sugestão apresentada pelo ilustre DEPUTADO VICENTE ARRUDA. Houve equívoco na redação do § 1º do art. 1361, no que se refere ao emprego da conjunção alternativa “ou”. O equívoco compromete alguns dos efeitos caracterizadores da natureza real do próprio instituto, pois, em se tratando de veículo automotor, diante do emprego da conjunção “ou”, utilizada inadequadamente, ficaria excluído o registro do contrato no Cartório do Registro de Títulos e Documentos, contentando-se a norma com a simples inscrição na repartição de trânsito competente para o licenciamento, com as anotações de praxe no certificado de registro do automóvel (§ 1º, in fine). Sem dúvida, essa não foi a vontade do legislador e, por conseguinte, não é a mens legis, tudo levando a crer que não passou de um lamentável erro de digitação que acabou passando despercebido por todos, durante as intermináveis fases de revisão. Basta que lancemos os olhos para a Lei dos Registros Públicos (arts. 127/131) quando trata do registro de títulos e documentos e transcrição dos respectivos instrumentos particulares. Sem nenhum sentido, sobretudo em sede de direitos reais, a prática de um negócio jurídico dessa ordem, voltada à concretização da propriedade fiduciária, realizada à margem do Registro de Títulos e Documentos. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/50233.pdf>> acessado em: 03 de novembro de 2011.

4 DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

4.1 Inadimplência e vencimento antecipado

Pode o devedor tornar-se inadimplente pelo não pagamento parcial ou total da dívida, no seu vencimento, na forma do art. 1.364 do CC.

Caso a dívida, estipulada a ser paga em parcelas não o for, nos seus vencimentos, poderá o credor, no âmbito geral, ou seja, regido pelas regras da Lei n. 10.406/2002(CC), por orientação do que dispõe o art. 1.367 do CC¹⁵, conjugado com o art. 1.425 do referido códex, que em seu inciso III dispõe que considera vencida a dívida se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução.

Em termos de legislação especial, dispõe ainda o Decreto Lei n. 611/69, art. 2º, § 3º, *in verbis*:

A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas tôdas(sic) as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

¹⁵ Art. 1.367 do CC: Aplica-se à propriedade fiduciária, no que couber, o disposto nos arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.427 e 1.436.

Cabe destacar que além do não pagamento da dívida, no seu vencimento, total ou parcial, outras são as hipóteses de vencimento antecipado da dívida e, portanto, constituição em mora.

No âmbito dos contratos em geral, ou seja, regidos pela Lei 10.406/2002(CC), prevê o art. 1.367 que, se aplica à propriedade fiduciária, no que couber o disposto nos artigos 1.425, o qual teceremos maiores comentários mais a frente.

Já em relação à legislação especial, podemos ainda inferir que pode a dívida ter seu vencimento antecipado, considerando ocorrências legais ou convencionais, conforme análise do § 3º, do artigo 2º, do Decreto Lei n. 611/69. Importante observar que o art. 1.368-A do CC expressa que as demais espécies de propriedade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, porém se aplicando as disposições do CC/2002 naquilo que não for incompatível com a legislação especial. Donde se conclui que o art. 1.425 do CC se aplica tanto aos contratos em geral, como aqueles regidos pela Lei n. 4.728 e Decreto Lei n. 911/69.

Desta forma, no caso de ocorrência legal, para as hipóteses de ocorrência legal, tanto nos contratos em geral, como aqueles regidos pelas leis especiais, nos reportamos ao art. 1.425 do CC, *in verbis*:

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:

I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir;

II - se o devedor cair em insolvência ou falir;

III - se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata;

IV - se perecer o bem dado em garantia, e não for substituído;

V - se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.

Em relação às ocorrências convencionais definimos como os acordos estipulados em contrato pelos pactuantes, desde que sejam lícitos e atendam aos requisitos legais dos contratos em geral. Caso não sejam cumpridos, poderá o credor antecipar o vencimento da dívida.

Como exemplo de convenções estipuladas entre contratantes, temos o instituto do *covenants*¹⁶, muito utilizados hodiernamente para substituir ou reforçar (acessoriamente), as garantias tradicionais utilizadas em operações bancárias, notadamente as operacionalizadas por bancos cuja atuação tem foco no chamado crédito de investimento a longo prazo, a exemplo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Banco do

¹⁶ O instituto do *covenant* constitui, no direito anglo-saxão, um compromisso ou promessa em qualquer contrato formal de dívida, reconhecido em lei, protegendo os interesses do credor e estabelecendo que determinados atos não devem ou devem cumprir-se, podendo ser traduzido como compromissos restritivos (*restrictive covenants*) ou obrigações de proteção (*protective covenants*).

A título de exemplo, apresentamos alguns *covenants* utilizados em operações de financiamento de longo prazo no Brasil, destacando que aqui o enfoque principal é o de garantir a conclusão do projeto:

“1. Manter durante a vigência do contrato, e até o seu vencimento final, os seguintes índices mínimos de capitalização, liquidez corrente e cobertura da dívida, apurados em balanço ou balancete semestral auditado:

- índice de capitalização: patrimônio líquido dividido pelo passivo total, igual ou superior a 0,X (xis décimos);
- índice de liquidez corrente: ativo circulante dividido pelo passivo circulante, igual ou superior a 0,X (xis décimos); e
- índice de cobertura da dívida: resultado operacional antes de despesas financeiras mais depreciação menos variação da necessidade de capital de giro, dividido pelo endividamento oneroso de curto prazo, igual ou superior a X,0 (xis inteiros).

2. Apresentar semestralmente, ao credor, balancete ou balanço auditado por empresa cadastrada na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

3. Na hipótese de não serem atingidos os índices estabelecidos, constituir, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data da comunicação, por escrito, do credor, garantias reais, em favor e a seu critério, e seguindo as normas deste para a aceitação dessas garantias, em valor correspondente a, no mínimo, XXX% (XXX por cento) do valor total da dívida e/ou da emissão de debêntures dela decorrente, salvo se naquele prazo estiverem restabelecidos os índices acima referidos.

4. Não constituir, salvo autorização prévia e expressa do credor, garantias junto a outros credores de longo prazo, sem que seja prestada a mesma garantia ao credor.

5. Não efetuar pagamento de dividendos que possa vir a limitar a capacidade de investimento no projeto financiado.

6. Aceitar uma elevação adicional da taxa de juros de 0,X% (xis por cento) ao ano, caso a receita bruta realizada apurada seja maior ou igual a cento e dez por cento daquela prevista no fluxo de caixa anexo.

7. Encaminhar correspondência ao poder concedente, anexando cópia do contrato, solicitando incluir nos processos relativos a eventuais cálculos de indenização o montante da dívida decorrente da operação, bem como ser o credor informado sobre qualquer fato que possa prejudicar a finalidade esta operação.

Vencimento Antecipado

A lógica do uso de *covenants* completa-se com a estipulação da pena de vencimento antecipado em caso de inadimplemento de obrigações principais e acessórias, depois de um prazo determinado no contrato em que o devedor poderá regularizar a situação das obrigações assumidas. É importante estipular que esse prazo para sanar o vício começará a contar a partir de interpelação judicial ou extrajudicial feita pelo credor. Disponível em http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev_1106.pdf. Acessado em: 04 de novembro de 2011.

Nordeste do Brasil (BNB), tendo em vista que aquelas (garantias tradicionais- hipoteca, penhor, alienação fiduciária) se mostram, em algumas operações, especialmente no setor de infraestrutura, inadequadas, seja pelo elevado valor da operação, seja pelo desinteresse da instituição financeira na garantia ou mesmo pela sua alta velocidade de depreciação e iliquidez no mercado, caso seja levada a hasta pública, ressaltando-se, ainda, que referidas operações de crédito firmadas com empresas, públicas ou privadas, não são somente interessantes apenas sob o ponto de vista financeiro para ambas as partes (credor e devedor), mas também e principalmente, muitas vezes, para o projeto econômico e social do país ou região.

Temos ainda a possibilidade de uma obrigação legal que enseja a estipulação em contrato de convenção entre as partes, de forma que o seu descumprimento pode acarretar o vencimento antecipado da dívida. Neste caso, o embasamento para a convenção é legal, mas deve a hipótese de vencimento antecipado ser convencionado entre as partes, tornando-se um misto ente a previsão legal de vencimento antecipado e convenção de vencimento antecipado.

Como exemplo deste “misto” entre previsão legal e convencional, temos convenção amplamente estipulada em contratos firmados com instituições financeiras, referente ao chamado seguro obrigatório. Prevê o Decreto Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, em seu artigo 20, alínea d):

Art 20. Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de:

[...]

d) bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras pública;

[...]

Ainda em relação ao Decreto Lei em referência, consta no *caput* do seu artigo 22:

As instituições financeiras públicas não poderão realizar operações ativas de crédito com as pessoas jurídicas e firmas individuais que não tenham em dia os seguros

obrigatórios por lei, salvo mediante aplicação da parcela do crédito, que fôr(sic) concedido, no pagamento dos prêmios em atraso.

Conforme vimos, **o Decreto Lei n. 73/66 não trata de vencimento antecipado da dívida, caso não seja efetuado o chamado *seguro obrigatório***. Prevê, sim, sua obrigatoriedade e impossibilidade da instituição financeira conceder novos créditos com pessoas jurídicas e firmas individuais se os prêmios de seus seguros estiverem pendentes (salvo se parte do novo crédito for para pagamento dos prêmios em atraso). A convenção (cláusula de seguro obrigatório e vencimento antecipado da dívida) estipulada em contrato é de grande utilidade para o credor, por razões óbvias. Tendo em vista arcabouço legal em que a mesma se reveste, bastante confortável é a situação do credor para inclusão da cláusula de vencimento antecipado, a qual, certamente, será aceita pelo devedor.

Quando do inadimplemento das obrigações pelo devedor, conforme já examinamos e para que seja possível ao credor a execução do contrato (inclusive a ação de busca e apreensão) com garantia de alienação fiduciária, é preciso que seja comprovada a mora ou o inadimplemento pelo devedor. É o que reza o *caput* do art. 3º do Decreto Lei n. 911/69, *in verbis*:

O proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

4.2 Constituição e purgação da mora

No caso de inadimplemento, deverá o credor constituir o fiduciante em mora, mediante notificação ou protesto de título ou carta registrada, expedida pelo Cartório de

Títulos e Documentos e, conforme reiterada jurisprudência, **para caracterização da mora do fiduciante é indispensável a prévia notificação e esta não precisa conter necessariamente o valor do débito**¹⁷. Para comprovar a mora será suficiente que tal documento seja entregue no endereço do devedor, sendo desnecessário que seja recebido pessoalmente por aquele, visto que o art. 3º do Decreto Lei n. 911/69 não faz essa exigência. Comprovada a mora pela carta, pela notificação, ou pelo protesto de título de crédito (letra de câmbio, nota promissória) que representa a dívida do alienante, o credor poderá requerer, em seguida, a busca e apreensão do bem alienado, que será concedida liminarmente¹⁸.

É de se destacar que existe a possibilidade de se purgar a mora, ou seja, o credor pagar o valor total devido (obrigação principal, juros, atualização monetária, comissões, despesas com cobrança), considerando as parcelas vencidas e vincendas, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, no prazo de cinco dias após executada a liminar referente à busca e apreensão (art. 3º, § 1º do Decreto Lei n. 911/69), hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus.

Em pesquisa doutrinária, identificamos que alguns autores, como Paulo Nader (NADER, 2006, p. 335) e Ernane Fidélis dos Santos (SANTOS, 2008, p. 331), consideravam possível a purgação da mora apenas se o réu já tivesse pagado pelo menos quarenta por cento do preço financiado, isto é, do valor principal da dívida, conforme preceituava o já revogado § 1º, do art. 3º, do Decreto Lei n. 911/69.

¹⁷ Súmulas 72 e 245 do STJ:

A COMPROVAÇÃO DA MORA E IMPRESCINDIVEL A BUSCA E APREENSÃO DO BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE.(Súmula 72, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/04/1993, DJ 20/04/1993 p. 6769). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC1>>. Acessado em: 05 de novembro de 2011.

A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito. (Súmula 245, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/03/2001, DJ 17/04/2001 p. 149). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp#DOC1>>. Acessado em: 05 de novembro de 2011.

¹⁸ RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO. AÇÃO DE DEPÓSITO. CITAÇÃO DESNECESSÁRIA. SÚMULA 07.

- A citação do réu, na ação de busca e apreensão, somente é feita posteriormente ao cumprimento da medida liminar. Não encontrado o bem, não se fala em citação (Artigo 3º e § 1º do Decreto-lei 911/69).

- Admite-se a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, quando se verificarem as condições do Artigo 4º do Decreto-lei 911/69.

(REsp 195.094/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 360). Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC2>>. Acessado em: 05 de novembro de 2011.

Acontece que devido à alteração do referido artigo pela Lei n. 10.931/2004, não mais há que se cogitar em percentual mínimo já pago da dívida para a purgação da mora. Reza o vigente art. 3º, § 2º, do Decreto Lei n. 611/69, *in verbis*: “No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus”.

No nosso entender parece que o legislador adotou medida mais razoável, já que privilegia a resolução da lide e facilita a possibilidade do devedor se redimir de sua situação de inadimplente, se quiser e/ou puder. Além do mais, devido à proibição do credor ficar com o bem alienado (pacto comissório), ou seja, em caso da entrega espontânea do bem pelo devedor ou mesmo da efetivação da busca e apreensão do bem, o credor necessariamente terá que vendê-lo judicial ou extrajudicialmente, restituindo o devedor o valor do preço da coisa que exceder o seu saldo devedor ou continuar credor, caso o valor do preço da venda do bem seja insuficiente para quitar o saldo que lhe é devido, parece mesmo que não havia sentido do legislador estipular percentual mínimo, no caso 40%, que o devedor teria de já ter pago para ter a possibilidade de purgar da mora. Era exigência desnecessária e que, a nosso ver, dificultava a resolução da lide, prejudicando ambas as partes (credor e devedor).

Neste sentido, apresentamos o agravo regimental no recurso especial 1183477/DF, tendo como relator o Ministro Vasco Della Giustina, julgado em 03/05/2011, (grifo nosso):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. CONTRATO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PURGAÇÃO DA MORA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 10.931/04. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA. SÚMULA 83 DO STJ.

1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Com a nova redação do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 911/69, dada pela Lei 10.931/04, não há mais se falar em purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, devendo o devedor pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 dias após a execução da liminar, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus.

3. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte Superior impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do enunciado Nº 83 da Súmula do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1183477/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 10/05/2011).

4.3 Procedimentos para recuperação dos créditos inadimplidos

Conforme podemos extrair do que dispõe a legislação, há quatro possibilidades para o credor (fiduciário), no caso de inadimplemento das obrigações pelo devedor (fiduciante):

- a) *Alienação da coisa* para haver o preço do débito em aberto, se esta lhe for entregue efetivamente, por livre e espontânea vontade, pelo devedor. É o que se infere do art. 2º do Decreto Lei n. 911/69 e do art. 1.364 do CC; Nesta hipótese, o credor, por vontade própria, não poderá ficar com a coisa, sendo considerada nula qualquer cláusula nesse sentido (1365, caput, CC/2002). Assim, o bem deverá ser vendido a terceiro e duas situações podem surgir:

- o produto apurado com a venda do bem, sendo suficiente para o pagamento integral da dívida e das demais despesas, em havendo saldo positivo, deverá ser entregue ao devedor.

- o produto apurado não sendo suficiente para o pagamento da dívida e das despesas, o devedor ainda ficará responsável pelo saldo negativo, conforme artigo 1366 do CC;

- b) *Ação de busca e apreensão*, que autoriza a apreensão *initio litis*(art. 3º do Decreto Lei n. 911/69);
- c) *Ação de depósito*, na hipótese do bem não ter sido encontrado na busca e apreensão, que em pedido de depósito poderá ser convertido (art. 4º do Decreto Lei n. 611/69);
- d) *Ação autônoma executória*, especialmente na hipótese de não se tratar de alienação fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais ou quando o ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário (previsão também do art. 5º Decreto Lei n. 911/69).

Enquanto parte da doutrina silencia quanto à **exclusividade da ação autônoma de busca e apreensão ser apenas: no âmbito do mercado financeiro e de capitais ou quando o ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário** (§ 8º do art. 3º c/c art. 8º-A do Decreto Lei n. 911/69), Silvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2005, p. 426), elenca as quatro possibilidades acima descritas, ressaltando serem aplicadas apenas se tratar-se o credor que se enquadrem nos requisitos em destaque, donde se deduz que não seriam todas as 04 possibilidades cabíveis aos demais credores.

Em simples análise, em relação aos demais credores, regidos pelos mandamentos do CC/2002, podemos extrair que seriam cabíveis 02 procedimentos, em resumo:

- a) *A alienação da coisa*, a qual pode ser aplicada por qualquer que seja o credor, já que há previsão legal no art. 1.364 do CC;
- b) *Ação autônoma executória*, já que se a dívida for fundada em título executivo, poderá, logicamente, o credor entrar com ação de execução, especialmente na forma do arts. 646 a 729 do Código de Processo Civil (CPC).

Tanto a *ação de depósito*, que decorre da possibilidade de conversão da ação de busca e apreensão (art. 4º do Decreto Lei n. 911/69), quanto à *ação de busca e apreensão*

propriamente dita (art. 3º do Decreto Lei n. 911/69), são meios de excussão de garantia decorrentes da legislação especial, abrangendo, portanto, aqueles que são regidos pela Lei n. 4.728/65.

Para não restar dúvidas, deixou o legislador clarividência quanto à exclusividade dos procedimentos judiciais disposto no Decreto Lei n. 911/69 serem aplicados apenas no caso de contratos celebrados no âmbito do mercado financeiro ou de capitais ou quando o ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário, por força de seu art. 8-A¹⁹.

Comunga desta mesma convicção Eduardo Salomão Neto, que nos ensina com propriedade:

Relevante distinção entre a alienação fiduciária no âmbito do mercado de capitais e a propriedade fiduciária regulada pelo direito comum é a forma de excussão de garantia, uma vez que aquela conta com o procedimento mais rápido previsto no Decreto-lei nº 911/69, ao passo que esta depende do rito mais lento previsto no Código de Processo Civil.(SALOMÃO NETO, 2005, p. 468).

Sobre o assunto, importante visão nos dá o ilustre mestre Fábio Ulhôa:

Note-se, a busca e apreensão, consolidação da propriedade e ação de depósito são meios ágeis de efetivação da garantia manejáveis apenas pelos credores fiduciários

¹⁹ Art. 8-A do Decreto Lei n. 611/69:

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.

Seção XIV da Lei n. 4.728/65:

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.

[...]

de contratos celebrados no contexto do mercado financeiro ou de capitais ou destinados à garantia de débitos fiscais ou previdenciários (Dec.-lei 911/69, art. 8-A). Os demais credores titulares da garantia de propriedade fiduciária de bens móveis têm apenas a alternativa de promover a execução do seu crédito; encontram posição semelhante à do credor pignoratício.(COELHO, 2006, p. 462).

A alienação fiduciária em garantia não é, portanto, um negócio exclusivo de instituição financeira ou restrita ao mercado de capitais, como já o foi, antes da vigência da Lei n. 10.406/2002(CC). A sua natureza, como a de toda alienação fiduciária, é meramente instrumental, de negócio-meio. Dessa forma, com a vigência do novo Código Civil, pode estar associada a mútuo bancário ou civil ou a qualquer outro contrato, ainda que não exclusivo de banco. A função econômica da alienação fiduciária em garantia não está abrangida pela coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros, essência da atividade bancária, embora, por evidente, possa estar associada a essas operações.

Complementa o ilustre doutrinador Fábio Ulhôa, elucidando de forma louvável a questão da execução da garantia em estudo, no âmbito das instituições financeiras:

É certo que as garantias conferidas por alienação fiduciária ao credor são bem mais consistentes se é ele uma instituição financeira (pois, neste caso, considera-se o contrato celebrado no contexto do mercado financeiro ou de capitais), como visto acima. A inexistência de meios ágeis para a efetivação da garantia fiduciária não é propriamente impeditivo à celebração do contrato por pessoas que não sejam instituições financeiras: é apenas desmotivador.(COELHO, 2006, p. 463).

4.4 A ação autônoma de busca e apreensão

Ante o já exposto até aqui, se, e somente se, o contrato de alienação fiduciária for celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, a parte credora poderá optar pela *ação de busca e apreensão*, meio que, indiscutivelmente, é o mais célere na esfera judicial, dentre os possíveis (ou outro seria a

ação executória), para o credor reaver seu crédito, especialmente no caso de contratos celebrados exclusivamente com a garantia da alienação fiduciária.

Enfatizamos que seria a ação de busca e apreensão especialmente eficaz no caso de contratos celebrados exclusivamente com a garantia de alienação fiduciária, pois, não raro junto às instituições financeiras, o instrumento de crédito (ex: cédula de crédito industrial hipotecária) poderá ter como garantia, por exemplo, a hipoteca de imóvel (objeto do financiamento ou não), além da alienação fiduciária de máquinas e equipamentos (objeto de financiamento ou não). Tendo em vista duas garantias cuja forma de excussão judicial é diferenciada e apenas um título de crédito, deve o credor, neste caso instituição financeira, optar por um dos meios de execução de seu título de crédito: *a busca e apreensão* ou *ação executiva*. Pode a instituição financeira, por razões diversas (valor do imóvel objeto da hipoteca bem superior em relação às máquinas e equipamentos alienados; deterioração, perecimento ou ainda, iliquidez de mercado do bem objeto da alienação), optar pela ação executiva, privilegiando o recebimento mais célere do bem hipotecado, em detrimento da ação de busca e apreensão.

Para a propositura da *ação autônoma de busca e apreensão*, a petição inicial deverá conter os mesmos requisitos do art. 282²⁰ do CPC. A coisa deverá ser individualizada, para a devida apreensão, e a dívida descrita pormenorizadamente, com a informação de vencimento respectivo. Pelo pedido, o autor deve manifestar sua pretensão de vender a coisa para o respectivo pagamento. O valor da causa deve ser o da dívida. A petição inicial deve ser acompanhada do contrato e da prova de ocorrência de mora (*caput* do art. 3º do Decreto Lei

²⁰ Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973 (Lei que instituiu o Código de Processo Civil-CPC). Art. 282. A petição inicial indicará:

I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido, com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - o requerimento para a citação do réu.

n. 911/69, conjugado com o art. 283 do CPC²¹), na forma que tratamos na seção 3.2 Constituição e Purgação da Mora, do presente trabalho.

Deverá referida ação obedecer aos ditames do art. 3º do Decreto Lei n. 911/69 e seus parágrafos (com redação dada pela Lei n. 10.931/2004), *in verbis*:

Art 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no **caput**, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

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

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

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

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

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

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

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

Da análise do artigo acima, sintetizamos:

²¹ Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973 (Lei que instituiu o Código de Processo Civil-CPC). Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

- a) A busca e apreensão do bem será concedida liminarmente, situação em que, dando o juízo o despacho, será o processo encaminhado para a vara de distribuição para que seja o devedor notificado, via oficial de justiça;
- b) Dentro do prazo de cinco dias após executada a liminar, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente (obrigação principal, juros, atualização monetária, comissões, despesas com cobrança), segundo valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus;
- c) O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar, mesmo que já tenha pago o débito, na forma acima mencionada, caso entenda ter havido pagamento maior e desejar restituição²². Contra sentença que julga procedente a busca e apreensão de coisa fiduciariamente alienada cabe apelação. O recurso é recebido apenas no efetivo devolutivo, ou seja, não haverá suspensão dos efeitos da sentença;
- d) **O credor não poderá ficar com a coisa dada em garantia para pagamento**, a não ser que, mediante acordo posterior, as partes estabeleçam o contrário, sendo, porém, nula a cláusula que faça tal previsão (CC/2002, art. 1.365). É vedado o pacto comissório, assunto que teceremos maiores detalhes na seção seguinte. Portanto, sendo efetivada a busca e apreensão, ou seja, estando o credor na posse direta do bem, deverá aliená-lo, aplicar o preço no pagamento de seu crédito, devolvendo o saldo ao devedor, se houver (art. 2º do Decreto Lei n. 911/69 e art. 1.364 do CC/2002). Quando, vendida a coisa, o produto não bastar para pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado ao restante (art. 1.366 do CC/2002);
- e) Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado. Tal multa não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos. A busca e apreensão constitui processo autônomo e independente.

²² A defesa processual do réu poderá ser ampla. No mérito, a lei parece restringir a contestação ao pagamento do débito, mas a restrição é mais aparente do que real, já que toda e qualquer defesa, permissível no procedimento, não pode ser negada. Assim, o réu poderá alegar a nulidade absoluta do contrato, a inalienabilidade coisa, a falsificação do instrumento do contrato, etc.

Cabe ainda observar que, conforme vimos na seção anterior, **caso a coisa objeto de alienação fiduciária não tenha sido encontrada, poderá a ação de busca e apreensão ser convertida em ação de depósito, na forma do art. 4º do Decreto Lei n. 611/69.** Neste caso, poderá o bem não ser encontrado ou não se achar na posse do devedor, para a devida apreensão, caso em que o processo fica suspenso, pois o desaparecimento do bem frustra as finalidades da garantia. Com a atestação da ocorrência pelo oficial de justiça- e somente com ela- o autor poderá requerer a conversão da busca e apreensão. A conversão é feita nos próprios autos da busca e apreensão, mas a petição inicial deverá conter, rigorosamente, todos os requisitos exigidos no pedido (CPC, art. 902).

4.4.1 Proibição do pacto comissório

O chamado *pacto comissório*, pelo qual as partes estipulam em cláusula contratual que o não cumprimento da obrigação implicará a aquisição pelo fiduciário do pleno domínio da coisa dada em garantia, como forma de pagamento da dívida, foi expressamente proibido pelo art. 1.365 do CC, *in verbis*: “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”.

Em que pese a opção do legislador, autores há, como Pontes de Miranda (Apud DINIZ, 2010, P. 620), que entendem que não há por que proibir a cláusula comissória, porque na alienação fiduciária em garantia o credor já tem o domínio e a posse indireta do bem, descabendo a proibição de vir ele a ser o seu proprietário;

Caio Mário da Silva Pereira (1993 apud VENOSA, 2005, p. 423) qualifica como ilógica a solução do legislador, que se teria deixado levar pelos princípios dos demais direitos reais. Defende, em razão da natureza de garantia fiduciária, a possibilidade de o credor ficar com o bem financiado, entendendo que o direito do devedor está assegurado pela possibilidade de purgar a mora em duas oportunidades, quando intimado para pagar e após a citação na ação de busca e apreensão.

A vedação à *Lex Commissoria* contempla o justo, pois na prática poderia ocorrer grande desequilíbrio entre os valores do débito e do crédito, podendo até mesmo caracterizar o *enriquecimento sem causa*²³.

Sobre a questão, contribuição bastante elucidativa nos apresenta o professor Paulo Nader:

Uma vez transcorrido o prazo para pagamento, a ordem jurídica admite a novação da dívida, quando então a satisfação do débito poderá ser feita com a coisa dada em garantia. O que a Lei Civil não permite é uma convenção desta natureza antes do vencimento da obrigação, seja na celebração do contrato ou posteriormente. O permissivo é do parágrafo único do art. 1.365. As disposições do *caput* e do parágrafo único contemplam dois momentos psicológicos distintos. No da celebração do contrato, o fiduciante ou devedor, empolgado com a possibilidade de adquirir determinado bem, coloca-se disposto a firmar um acordo que lhe será potencialmente danoso. A fim de protegê-lo, o *caput* do art. 1.365 veda a prática do *pacto comissório*. Após o vencimento da dívida, a prática revela que o devedor não se move impulsivamente para o resgate de sua obrigação, daí, livre de qualquer pressão externa ou psicológica, encontra-se presumivelmente em condições de avaliar o seu real interesse e firmar um novo acordo com o credor, envolvendo a coisa dada em garantia.(NADER, 2006, p. 338).

A legislação especial (Lei n. 4.728/65 e Decreto Lei n. 911/69 sobre a alienação que rege as instituições financeiras e assemelhadas, além da administração pública em geral, quando se trata de créditos previdenciários e fiscais, não trata especificamente do pacto comissório, porém a proibição de se estipulá-lo continua vigente, por força do *caput* do art. 66-A da Lei n. 4.728/65, com redação dada pela Lei n. 10.931/2004, que prevê que os

²³ A vedação da *Lex Commissoria* em nosso ordenamento é justificada por Clóvis Beviláqua: “A proibição do pacto comissório funda-se em um motivo de ordem ética. O direito protege o fraco contra o forte, impede que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória. O imperador Constantino impressionado pelas manobras capciosas dos pactos comissórios, cuja aspereza crescia assustadoramente, decretou-lhes a nulidade, e as legislações modernas aceitaram essa condenação”.(1958, apud NADER, 2006, p. 338).

contratos celebrados perante os agentes acima envolvidos devem conter os requisitos definidos pelo CC/2002, dentre os quais a proibição do pacto comissório.

Não é demais lembrar que, apesar da proibição do *pacto comissório* estar prevista no CC/2002, a legislação especial, que trata dos contratos de alienação fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, já previa a proibição do pacto comissório, já quando da publicação da Lei n. 4.728/65, no § 7º do art. 66, bem como após sua alteração pelo Decreto Lei n. 911/69, por meio do seu art. 1º, que alterou o artigo 66 da Lei n 4.728/65.

4.5 Prisão civil do fiduciante

Uma grande discussão que se acalorou durante praticamente quase a totalidade das duas últimas décadas junto às cortes superiores, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), foi a *questão da prisão civil do depositário infiel*, possibilidade prevista no Código Civil, em seu art. 652²⁴, sendo tal previsão respaldada pela Constituição da República, art. 5º, inciso LXVII²⁵. Referida discussão repercutia, em alto grau, sobre os contratos com garantia de alienação fiduciária, tendo em vista a possibilidade de equiparação do devedor (fiduciante) ao depositário infiel.

Como já mencionado no presente trabalho, o instituto da alienação fiduciária, inicialmente, com a entrada em vigor da Lei n. 4.728/65 e Decreto Lei n. 911/69, apenas abrangia: o mercado financeiro e de capitais (instituições financeiras e assemelhadas). Apenas com a Lei n. 10.931/04, também os contratos de alienação fiduciária celebrados em garantia

²⁴ Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Lei que instituiu o Novo Código Civil-CC). Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

²⁵ Constituição da República. Art. 5º. Inciso LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

de créditos fiscais e previdenciários passaram a ser legislados por aqueles normativos e somente com o novo Código Civil, ou seja, no ano de 2002, é que passou a ser possível a propriedade fiduciária prevista em contratos de outros que não os mencionados nas leis especiais, tendo também o Código Civil inserido os requisitos contratuais que deveriam ser respeitados por aqueles regidos pela Lei n. 4.728 e Decreto Lei n. 911/69.

Importante essa ressalva, pois já no art. 4º do Decreto Lei n. 911/69(que posteriormente teve redação, similar, alterada pela Lei n. 6.071/74), o legislador tratava que se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderia intentar a ação de depósito, na forma prevista pelo Código de Processo Civil, ou seja, de algum modo equiparando o devedor-fiduciante ao depositário.

Donde se conclui que, considerando que apenas o novo Código Civil, em 2002, passou a tratar da propriedade fiduciária para os contratos em geral, a discussão sobre prisão civil do fiduciante e a sua equiparação com infiel depositário se deu, praticamente, apenas em sede daqueles contratos abarcados pelas leis especiais, ou seja, no âmbito do mercado financeiro e de capitais (e, posteriormente, os contratos de alienação fiduciária celebrados em garantia de créditos fiscais e previdenciários).

4.5.1 A prisão civil do fiduciante antes da emenda constitucional n. 45/2004

Ante essas primeiras considerações, importante ressaltar as decisões que vinham sendo tomadas pelas cortes superiores de nosso país, STJ e STF, poucos anos antes do entendimento hodierno firmado pelo STF:

- a) O STJ, em um de seus acórdãos, no final do ano de 2004(REsp 604417/MS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2004,

DJ 06/12/2004, p. 330)²⁶, **reconhecia a ilegalidade da prisão civil, sob o argumento de que a posição do fiduciante não se equipararia a do depositário infiel.**

O mérito da questão partia da Constituição da República, *ex vi*, do art. 5º, inciso LXVII, que veda a prisão civil por dívida, excetuando apenas a pertinente à obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Como se verifica, não se permite a prisão por dívida, daí a inconstitucionalidade da regra que pretende estender a prisão ao devedor fiduciante. É certo que as obrigações deste, por força do art. 4º do Decreto Lei n. 911/69 e já por estar em vigor o novo Código Civil, que previu em seu art. 1.363, *caput*, que assimilam suas obrigações a do depositário, nos levam a equiparar o fiduciante ao depositário, mas a posição daquele na relação jurídica não deixa de ser a de titular de dívida e, como tal, encontra-se amparado pela Lei Maior;

- b) O STF, por sua vez, em posição contrária a do STJ, em julgado de 05/08/2003, referente AI 403828 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma²⁷,

²⁶ RECURSO ESPECIAL. CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. AÇÃO DE DEPÓSITO. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. PRISÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, ao credor é permitido requerer seja convertido o pedido de busca e apreensão em ação de depósito (art.

4º do Decreto-Lei nº 911, de 1º.10.1969).

2 - Consoante pacificado pela Corte Especial não se admite prisão civil decorrente de dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária, dado que descabida, nesses casos, a equiparação do devedor à figura do depositário infiel.

3 - Recurso especial conhecido e parcialmente provido para autorizar a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito.

²⁷ E M E N T A: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE.

- A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL nº 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgride o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Precedentes. OS TRATADOS INTERNACIONAIS, NECESSARIAMENTE SUBORDINADOS À AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO PODEM LEGITIMAR INTERPRETAÇÕES QUE RESTRINJAM A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

- A possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil também no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (art. 5º, LXVII). A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a

considerava ser possível a equiparação do fiduciante ao depositário, inclusive em relação à prisão civil e, pelas razões expostas no julgado, ser possível a prisão civil do fiduciante que se comporta como depositário infiel, mesmo já sendo o Brasil, à época, signatário do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)), aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25.09.1992, e promulgado pelo Decreto n. 678/92, de 06 de novembro de 1992, o qual previa em seu artigo 7º, item 7, *in verbis*: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Ou seja, até antes de modificação inserida pela emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, a discussão sobre a prisão civil do fiduciante se alicerçava nestes dois pontos:

- Poderia ser o fiduciante, que agiu como depositário infiel ser preso, com fulcro no art. 652 do CC e art. 5º, inciso LXVII da Constituição da República?

- Em sendo o fiduciante equiparado ao depositário, a sua prisão não seria inconstitucional, tendo em vista a ratificação do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica?

Para a primeira pergunta, o STJ, conforme julgado que analisamos, entendia que descabida era a equiparação, logo, impossível a prisão. Para a segunda questão, o STF, que acreditava ser possível a equiparação, entendia como legal a prisão, pois o Pacto São José da Costa Rica seria norma supralegal, porém não tinha força constitucional, não seria comparada a uma emenda constitucional, logo, não revogaria o inciso LXVII, do art. 5º da Constituição da República, sendo totalmente possível a prisão.

competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. **Os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República e nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (grifo nosso).** Precedente: ADI 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. (AI 403828 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/08/2003, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-02 PP-00429).

4.5.2 A Prisão civil do fiduciante após a emenda constitucional n. 45/2004

A reforma do Poder Judiciário incluiu o § 3º no art. 5º da Constituição da República, que dispõe:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos **que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional**, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais**.(grifos nossos).

Após a emenda constitucional n. 45/2004, que, dentre outras modificações à Constituição da República, inseriu o § 3º ao art. 5º, surgiu a seguinte dúvida: teriam os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, antes da emenda n. 45 e, portanto, sem terem passado pelo crivo do Congresso Nacional, força de emenda constitucional?

Sem adentrarmos nas discussões doutrinárias que permeiam o assunto, inclusive no âmbito do Direito Público Internacional, que trata sobre compatibilização de conflitos entre tratados internacionais e leis internas, apresentamos interessante acórdão no âmbito do STF, e que trata da infidelidade depositária, tendo como relator o ilustre Ministro Celso de Melo:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL.

- Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O

DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.

- A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade?

- Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.

- A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

- Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.(grifos nossos)

(HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183)

Em Sessão Plenária de 16/12/2009, foi consolidado o entendimento da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, por meio da súmula vinculante²⁸ n. 25, *in verbis*: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Ante ao que já fora dito, a verdade é que hodiernamente o STF, não mais admite, de forma alguma, a prisão civil no caso de depositário infiel, seja este voluntário ou necessário, como é o caso do judicial, e, muito menos, logicamente, o fiduciante dos contratos com alienação fiduciária, que nesses casos seria considerado depositário por equiparação.

Lembre-mos, entretanto, que, caso o devedor aliene ou dê em garantia a terceiro, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal, entretanto, tem a referida ação penal maiores complexidades para condenação do devedor, não deixando de ser meio pelo qual o credor poderá valer-se mais coercitivamente contra o devedor, tendo em vista que em sendo o devedor condenado poderá ter pena de restrição de liberdade ou direitos. No caso de mera ação civil executória a única repercussão seria na esfera patrimonial, a qual será exigida na medida de suas posses.

²⁸ Súmula Vinculante é a [jurisprudência](#) que, quando votada e aprovada pelo [Supremo Tribunal Federal](#), por pelo menos 2/3 do plenário, se torna um entendimento obrigatório ao qual todos os outros tribunais e juízes, bem como a Administração Pública, Direta e Indireta, terão que seguir. Na prática, adquire força de lei, criando um vínculo jurídico e possuindo efeito *erga omnes*.

Observe-se que a referida espécie de súmula não vincula o Poder Legislativo, sob pena de criar uma indesejável petrificação legislativa, nem o próprio STF, que pode alterar o seu entendimento esposado em súmula vinculante, através de votação que obedeça o mesmo quórum necessário à sua aprovação inicial (2/3 dos seus membros).

A súmula vinculante foi criada em 30 de dezembro de 2004, com a Emenda Constitucional n° 45, que adicionou o artigo 103-A à [Constituição Brasileira](#), artigo composto pelo seguinte texto:

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (grifos do autor). Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%BAmula>. Acessado em 10/11/2011.

4.6 A alienação fiduciária na recuperação judicial, extrajudicial e falência

A alienação fiduciária e a propriedade fiduciária, bem como os créditos por elas garantidos, não se sujeitam a recuperação judicial, na forma Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Lei que regula a recuperação judicial, e extrajudicial e a falência do empresário e sociedade empresária). É o que se deduz do artigo 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05, *in verbis*:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º 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 irretroatividade, 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 legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

[...]

O único efeito da recuperação judicial é que no prazo de 180 dias²⁹ contados do seu deferimento não será possível retirar do estabelecimento do devedor bens de capital essenciais a sua atividade empresarial, mesmo que para execução da garantia.

Teve o legislador a preocupação de abrir um parêntese em relação à questão da alienação fiduciária em garantia e a propriedade resolúvel (dentre outras formas de contratar), pois, do contrário, a legislação que regula os procedimentos para reintegração da posse pelo

²⁹ O prazo advém do § 4º do art. 6º desta Lei n. 11.101/05, que trata que na recuperação judicial, a suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário, em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

credor, especialmente em relação às instituições financeiras e assemelhadas, por meio da Lei n. 4.728/65 e Decreto Lei n. 911/69, iriam se sobressair aos ditames da Lei n. 11.101/05, inviabilizando totalmente os objetivos da recuperação da empresa, conforme previstos em seu art. 47, *in verbis*:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Conforme podemos inferir do artigo supracitado, primeiramente identificamos como *finalidade imediata*, a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor. Entretanto, por si só, a superação da situação econômico-financeira do devedor não poderia é, por assim dizer, a principal finalidade da recuperação judicial. Não se justificaria uma lei que servisse apenas a recuperar situação de empresa e, por via de consequência beneficiar única e exclusivamente seus sócios/acionistas, já que os mesmos é que, no exercício da liberdade de contratar, contraíram dívidas, assumiram obrigações, e que, por via de consequência, deveriam sofrer os efeitos diretos da insolvência da estrutura e da atividade econômica organizada, afinal de contas, a insolvência financeira é o risco que se corre em troca de possibilidade de lucro da atividade empresarial. Ademais, o risco de insucesso da atividade é uma possibilidade, inevitável, prevista e até mesmo consequência dos princípios constitucionais da livre iniciativa (inciso IV- art. 1º CRFB) e da livre concorrência (inciso IV- art. 170 CRFB).

Ante o exposto, podemos identificar que o objetivo previsto no artigo 47 da Lei n. 11.101/05, o de *viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor* é, na verdade, meio para se atingir a verdadeira finalidade da Recuperação Judicial, qual seja a (1) *manutenção da fonte produtora*, do (2) *emprego dos trabalhadores e dos* (3) *interesses dos credores*. Como fonte produtora, entendemos a empresa, não o empresário ou sociedade empresária, os quais podem também se beneficiar (sob este ângulo, indiretamente), porém o objetivo mesmo é buscar a manutenção do empreendimento econômico, dos meios de produção e atuação organizada no mercado, assim como o emprego dos trabalhadores, consequência natural. Os interesses dos credores é efeito colateral, os quais, logicamente, também serão beneficiados.

Como consequência do cumprimento das finalidades mediatas previstas no artigo 47 da Lei n. 11.101/05, teremos a promoção, como o próprio artigo expressa, da *preservação da empresa, a sua função social e o estímulo à atividade econômica*, estes, princípios que devem reger o desenvolvimento econômico e social do país, sendo oportuno destacar que a preservação da empresa e a sua função social são princípios que buscam resguardar os fundamentos previstos no inciso IV, do artigo 1º da CRFB, quais sejam: *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*. Ora, dentro de um sistema capitalista, no qual vivemos, como podemos ter como fundamento constitucional o valor social do trabalho, se não tivermos mecanismo que deem suporte para que aos empreendimentos econômicos possam se soerguer? De outro lado, como podemos incentivar, dar valor social à livre iniciativa, se desampararmos totalmente aquele que se aventura em empreender?

A mesma norma confirmatória de validade da propriedade fiduciária e da alienação fiduciária não existe em relação à recuperação extrajudicial. Isso não significa que as duas formas fiduciárias de garantia percam validade. Continuam a ter plena validade, mas a sua excussão ficará subordinada ao não pagamento dos créditos respectivos no prazo. Tal prazo poderá sofrer dilação à revelia do credor, já que o artigo 163 da Lei n. 11.101/05 permite que se imponha judicialmente a todos os credores abrangidos pelo plano extrajudicial, mesmo que não assinem o plano, desde que exista concurso de três quintos de todos os créditos de cada espécie abrangidos pelo plano.

Com relação à falência, a alienação fiduciária e a propriedade fiduciária se mantêm, em princípio, íntegra, e como consequência se justifica o pedido de restituição do bem por parte do credor, com base no art. 7º do Decreto Lei n. 911/69³⁰ e no artigo 85 da Lei 11.101/05³¹.

A razão da integridade de garantia é que na alienação fiduciária e propriedade fiduciária retiram o bem da propriedade do devedor, que só tem a posse direta dele. Portanto,

³⁰ Decreto Lei n. 911/69. Art 7º. Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.

³¹ Lei n. 11.101/05. Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.

Parágrafo único. Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada.

os bens constrictos por tais negócios não podem integrar a massa e estar à disposição da generalidade dos credores.

5 CONCLUSÃO

O tema que nos propomos a estudar no presente trabalho é de bastante utilidade prática nos negócios em geral, tendo em vista a hodierna situação do Brasil sob o ponto de vista econômico e social, onde contratos particulares e mútuos junto ao mercado financeiro e bancário, seja para consumo ou para financiar a atividade produtiva, se utilizam, em grande número, da alienação fiduciária em garantia.

Com base no presente trabalho, chegamos às seguintes considerações finais, acerca do tema estudado:

1. Instituto criado ainda na década de sessenta, continua o objetivo que justificou sua criação sendo atingido, qual seja o de dinamizar a economia, trazendo ao credor e devedor um instrumento jurídico que desse a ambas as partes garantia revestida de características peculiares, no sentido de se estipular negócios com a segurança necessária, diferentemente dos demais direitos reais de garantia (hipoteca, penhor) até então vigentes. O atingimento do objetivo para o qual fora criada a alienação fiduciária em garantia se comprova pela sua larga utilização nos negócios celebrados junto às instituições financeiras, impulsionando a economia por meio de negócios para financiamento de bens móveis em geral e especialmente de máquinas, equipamentos e veículos;

2. É certo que ao longo dos últimos quarenta anos, o instituto sofreu mudanças, por meio de alterações na legislação e entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, adequando o instituto aos novos entendimentos deontológicos do direito em nosso país o que mesmo assim não diminuiu sua aceitação e conveniência de sua utilização por credores em geral. Entretanto, não podemos olvidar das mudanças sociais que repercutem no mundo jurídico, direta ou indiretamente, as quais relativizaram o poder de atuação do credor, denominado fiduciário, especialmente no sentido de tomar a posse do bem sobre o qual detém a propriedade resolúvel;

3. Além de algumas garantias que protegem o devedor, como a proibição do pacto comissório, importante destacar a mudança ocorrida na década passada no entendimento de nossas cortes superiores, STJ e STF, sobre a impossibilidade da prisão civil do fiduciante que,

mesmo sendo equiparado ao depositário infiel, não mais pode ser preso, devido à ratificação do Brasil, em 07/09/1992, a Convenção Americana de Direitos Humanos-1969(Pacto São José da Costa Rica) e especialmente após a emenda constitucional n. 45/2004, segundo entendimento, inclusive sumulado, de nossa corte maior, o Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, com propriedade, ainda temos como exemplo de proteção do devedor-fiduciante a Lei 11.101/05, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de empresários e sociedades empresárias. Neste ínterim, quando empresários ou sociedades empresárias requerem a recuperação judicial de seus empreendimentos, não pode o credor-fiduciário, no prazo de até 180 dias, contados data do processamento do pedido, integrar a sua posse bens que lhe eram alienados fiduciariamente, desde que estes sejam bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Mais uma vez, assistimos razão a mais essa proteção ao devedor, caso este se trate de empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial, pois referida ação tem por intuito manter as atividades econômicas das empresas e soerguimento do empreendimento, resguardando, por fim, a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores. Ainda sobre a Lei 11.101/05, pode o credor, no âmbito da recuperação extrajudicial, ter o prazo ainda mais dilatado, à sua revelia, considerando o que dispõe o artigo 163 da referida lei.

Somemos a essas proteções, extremamente pertinentes, diga-se de passagem, uma série de alegações que podem e, se assim tiverem fundamento, devem ser levantadas pelo devedor na contestação da ação autônoma de busca e apreensão, além da própria morosidade dos processos no poder judiciário, fruto de diversas causas, que vão desde grande quantidade de processos sob sua responsabilidade, até falhas de conduta de servidores públicos, especialmente em relação a oficiais de justiça, que podem não efetuar as buscas adequadas para se efetivar a apreensão do mandado de busca e apreensão, corre o instituto da alienação fiduciária em garantia o risco de perder força enquanto instrumento eficaz para viabilização de negócios, o que seria de grande prejuízo econômico e social para o país e para a sociedade;

4. Deve, portanto, a questão ser debatida e estudada no mundo jurídico por juristas, doutrinadores e legisladores, no intuito de encontrarmos soluções para que, resguardados os direitos e garantias do devedor, normalmente hipossuficiente na relação contratual, sobretudo tendo em vista os preceitos que regem os direitos humanos e o fim social do direito, possamos melhor equalizar a relação fiduciário e fiduciante, à luz das modificações ocorridas na doutrina e jurisprudência sobre o assunto nos últimos 10 anos, de

modo que o credor também possa ver o direito de satisfação de seus créditos protegido, para que continue o instituto da alienação fiduciária sendo utilizado amplamente no meio civil e empresarial, cumprindo o mesmo o objetivo para o qual fora preconizado ainda quando da lei 4.728/65, que o instituiu em nosso ordenamento: dinamizar a economia, promovendo acesso às classes médias e baixas a bens de maior valor.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**, 11º ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, 11º ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves – Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1958, Vol. III.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. **Covenants: Instrumento de Garantia em Project Finance**. Disponível: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1106.pdf. Acessado em: 08 de novembro de 2011.

BRASIL, Decreto Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 08 de novembro de 2011.

_____, Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____, Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 11 de novembro de 2011.

_____, Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 11 de novembro de 2011.

CAPEZ, Fernando. Prisão civil. O Pacto de São José da Costa Rica e a Emenda Constitucional nº 45/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 910, 30 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7708>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 17º ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 21º ed., São Paulo: Saraiva, 2006, Vol. 3.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 11º ed., São Paulo: Saraiva, 2005, Vol. 1.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 25º ed., São Paulo: Saraiva, 2010, Vol.4.

_____. **Código Civil Anotado**. 4º ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno. Um estudo sobre a jurisprudência do STF. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1557, 6 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10491>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

MAGALHÃES, Bruno Barata. O fim da prisão do depositário infiel e a súmula. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, jan de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-01/fim-prisao-civil-depositario-infiel-sumula-vinculante>>. Acesso em: 12 de nov. 2011.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas**. 3º ed., São Paulo: Atlas, 2009, Vol. 4.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, Vol.4.

OLIVEIRA, Clonilo Moreira Sindeaux de; VIANA, Pedro Jorge Ramos. **Desenvolvimento Regional: 50 anos do BNB**, Fortaleza: Banco do Nordeste, 2005.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Moura de. Lei nº 10.931/04: as alterações ao Decreto-Lei nº 911/69. Questões relevantes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 533, 22 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6080>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

PESSÔA, Eduardo. **Dicionário Jurídico, terminologia e locuções latinas**. 3º ed., Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2006.

REALE, Miguel. **O projeto do Novo Código Civil**. 2º ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30ª ed., São Paulo: Saraiva 2004. Volume3.

SALOMÃO, Eduardo Neto. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos, **Manual de Direito Processual Civil**. 11ºed., São Paulo: Saraiva 2008, vol. 3.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA(STJ). Disponível em:<
http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL(STF). Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, obra coletiva coordenada por Arruda Alvim e Tereza Alvim, 1ªed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, vol. XII.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**, 5ªed., São Paulo: Atlas, 2005, Vol.4.