

REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA LEGAL REGIME APLICABLE FOR FIDUCIARY COLLATERAL AGREEMENTS

Marcus Elidius Michelli de Almeida¹ – <https://orcid.org/0000-0001-7185-6808>

Fabiana Ricardo Molina² – <https://orcid.org/0000-0001-6103-1159>

Resumo

O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre o contrato de alienação fiduciária que recai sobre bens móveis e imóveis, sua natureza jurídica, partes, requisitos objetivos, subjetivos e formais, distinguindo-o de outros institutos, tais como a hipoteca e o penhor. Pretende-se estudar as consequências do inadimplemento de contratos dessa natureza, bem como as questões controvertidas que envolvem essa modalidade contratual, como a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, os efeitos da falência do devedor e do contrato de locação, para os casos em que o bem locado é objeto de alienação fiduciária. São discutidas, ainda, as vantagens que tal modalidade contratual apresenta, sob o ponto de vista do credor fiduciário, especialmente no que tange à agilidade na consolidação da propriedade, em caso de inadimplemento do devedor.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária; Propriedade Fiduciária; Direito real em garantia; Financiamento; Aquisição de bem móvel ou imóvel; Colateral.

Abstract

The purpose of this article is to describe the fiduciary collateral agreements, involving movable assets or real state, analyzing its legal nature, parts, objective, subjective and formal requirements, distinguishing it from other institutes, such as the mortgage and the pledge. It is intended to study the consequences of default under this agreements, as well as the controversial issues related to this contractual modality, such as the applicability of the Brazilian Consumer Protection Code, the effects of the debtor's bankruptcy and the lease agreement, in cases where the asset leased is subject to fiduciary alienation. Additionally, this article intends to discuss the advantages of the general fiduciary collaterals, considering the fiduciary creditor point of view,

¹ Doutor, Mestre e graduado em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Assistente Doutor das turmas de Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador da Especialização em Direito Empresarial e Conselheiro do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da PUC-SP. Leciona, ainda, em cursos de pós-graduação de diversas instituições no Brasil.

² Mestranda em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do primeiro autor. Especialista em Direito Societário pelo Instituto de Ensino e Pesquisa, Insper. Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

especially the possibility of extrajudicial foreclosure of the collateral, in case of debtors' default.

Keywords: Fiduciary Alienation; Fiduciary Property; Security interest; Financing; Acquisition of movable or immovable property; Collateral.

Recebido 23.04.2019 / Aprovado 19.06.2019

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O primeiro capítulo deste trabalho pretende conceituar o negócio fiduciário, cerne da alienação fiduciária de nossos dias, nos sistemas romano, germânico e anglo-saxão. Com base nos conceitos de fidúcia e garantia, que permeiam esses institutos, apresenta-se o negócio fiduciário no direito brasileiro, bem como o contexto histórico que permeou o surgimento da figura da alienação fiduciária no Brasil e, mais recentemente, a inclusão da propriedade imóvel como objeto dos contratos dessa natureza.

No capítulo seguinte, passa-se a uma breve exposição sobre o conceito de alienação fiduciária segundo o entendimento de doutrinadores brasileiros, para então concluir qual, dentre tais conceitos, mais se aplica à realidade atual. Na sequência, apresenta-se a natureza jurídica do negócio jurídico em questão, fazendo-se a distinção entre o regime jurídico da alienação fiduciária de bem móvel e imóvel, que dispõe de regramento legal próprio.

A partir de então, passa-se à exposição dos requisitos objetivos, subjetivos e formais da alienação fiduciária em garantia, partindo para os direitos e deveres das partes que o compõem, o credor fiduciário e o devedor fiduciante, com base na relação subjacente ao contrato, consistente no financiamento. Em continuidade, são apresentadas as consequências do inadimplemento das parcelas que deveriam ser quitadas pelo devedor fiduciante, consistentes nas principais ações judiciais a serem propostas para ver-se o credor satisfeito e, por fim, as formas de extinção do contrato.

No capítulo final, distingue-se a alienação fiduciária de outros institutos com os quais a modalidade possui certa similitude – sendo demonstrada, porém, que sua natureza é completamente diversa do penhor e da hipoteca e que, sob o ponto de vista do credor fiduciário, a modalidade apresenta vantagens, concernentes na agilidade para consolidação da propriedade, em caso de inadimplemento. A partir de então, são discutidas questões controvertidas acerca da alienação fiduciária, que consistem na aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a contratos dessa natureza, bem como nos efeitos da falência e do contrato de locação em vigor quando o bem é fiduciariamente alienado. São apresentadas, por fim, decisões recentes dos tribunais, no que tange à modalidade contratual estudada.

2 NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

O negócio fiduciário tem seu fundamento na noção de fidúcia, confiança. A fidúcia é o contrato pelo qual uma das partes, recebendo a outra bens móveis ou imóveis, assume o encargo de administrá-los, em proveito de terceiros. Segundo

Maria Helena Diniz³, o negócio fiduciário seria o ato pelo qual se realizaria a transmissão de uma coisa ou direito a um terceiro, estabelecendo-se a obrigação do adquirente devolver-lhe, alcançado determinado fim.

A alienação fiduciária é uma espécie de negócio fiduciário, que deriva de tal instituto e foi positivada no direito brasileiro. Para compreender a alienação fiduciária tal qual ela se apresenta no Brasil na atualidade, inicia-se o estudo por meio da comparação do instituto da forma como ele se materializou nos sistemas jurídicos romano, germânico e anglo-saxão, como se verá a seguir.

2.1 Sistema Jurídico Romano

Antes de iniciar o estudo da alienação fiduciária propriamente dita, é necessário remontar aos conceitos de fidúcia e de negócio fiduciário, ambos inicialmente aplicados no Direito Romano.

A fidúcia, em Roma consistia na transferência de determinado bem a terceiro, com a finalidade de preservação do patrimônio (*fiducia cum amico*) ou a um credor, para garantia de pagamento de uma dívida (*fiducia cum creditore*). Em ambos os casos, era estabelecido um acordo por meio do qual o bem deveria retornar ao proprietário originário tão logo cumpridas determinadas condições⁴. O grande objetivo dessa espécie negocial era excluir do patrimônio do fiduciante determinados bens, durante certo período em que houvesse adversidades, como no caso das guerras, em que podia haver o perdimento dos bens dos perdedores, ou no caso de longas viagens, em que o fiduciante necessitava da guarda de seus bens em sua ausência. Em ambos os casos, o fiduciante se valia da confiança que depositava no fiduciário, motivo pelo qual essa modalidade era conhecida como *fiducia cum amico*. Com o tempo, o bem transferido passou a ser utilizado como garantia do cumprimento de uma obrigação, ou seja, a devolução do crédito disponibilizado pelo fiduciante ao fiduciário; nessa modalidade, verifica-se uma maior presença do crédito como motivador do negócio, com a confiança sendo relegada a segundo plano.

O contrato de alienação fiduciária, nos termos acima mencionados, surge com a Lei das XII Tábuas e tem como fundamentos, como mencionado, a honestidade e a confiança; como sanção, apenas a consciência⁵. Até o fim da república romana, o *pactum fiduciae* era um pacto desprovido de *actio*, ou seja, *nudum pactum*, de modo que cabia ao fiduciante confiar na *fides* do fiduciário, que devia devolver-lhe a *res* baseado em sua própria consciência, na medida em que não havia ação para tal fim, qual seja, a devolução, a *remancipare*⁶.

Com maior proximidade do fim da república, surgem duas ações relacionadas aos negócios fiduciários: a *actio fiduciae directa*, que podia ser proposta pelo fiduciante para compeli-lo a devolver-lhe a *res*, ou dar-lhe o destino combinado e a *actio fiduciae contraria*, que podia ser proposta pelo fiduciário contra o fiduciante, para compeli-lo a cumprir com suas obrigações⁷.

³ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 83.

⁴ NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada**. 156 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 2010. p. 2-3.

⁵ LIMA, Otto de Souza. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962. p. 6-9.

⁶ SANTOS, Maria Luiza Werneck. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 138f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 1988. p. 8.

⁷ SANTOS, Maria Luiza Werneck. *Op. cit.*, p. 9.

Vale notar que a *actio fiduciae directa* possuía caráter pessoal, ou seja, sua resolução dava-se em perdas de danos e não pela devolução da *res*.

Os negócios fiduciários tiveram grande utilização na era clássica romana. Não foram incluídos nas *Institutas* de Gaio porque eram utilizados, principalmente, como garantia⁸. Contudo, já haviam sido abolidos à época de Justiniano, não constando em suas *Institutas*⁹.

2.1.1 Fiducia cum amico

Segundo Maria Helena Diniz¹⁰, a *fiducia cum amico* consistia em um contrato de confiança, não de garantia, em que havia a transferência de bens a uma pessoa de confiança, para que lhes fossem restituídos após um determinado período, como, por exemplo, uma viagem, ou quando cessassem determinados riscos. Assim, o objetivo dessa espécie contratual era evitar o perecimento de determinada coisa, sem qualquer correlação com a garantia de determinado crédito.

Nessa modalidade, a alienação fiduciária assemelhava-se ao comodato (*commodatum*) ou ao depósito (*depositum*), na medida em que o proprietário alienava um bem a amigo, já convencionalmente a sua restituição, como, por exemplo, no caso de uma guerra, em que o perdedor podia ver seus bens confiscados e, utilizando-se desta alienação, prevenia-se de perdê-los.

2.1.2 Fiducia cum creditore

Ao contrário da modalidade anterior, a *fiducia cum creditore* tem caráter assecuratório, ou seja, de garantia. Assim, poderia o devedor recuperar sua coisa, se saldasse sua dívida para com o credor. Por meio dessa modalidade contratual, transferia-se a propriedade dos bens (impedindo que eles fossem novamente dados em garantia), por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, com a obrigação de devolução, através do *pactum fiduciae*¹¹.

Neste caso, com a satisfação do débito, cabe ao credor o dever de restituir o bem, do qual possui a propriedade plena. Trata-se do cumprimento do *pactum fiduciae*. Contudo, como anteriormente explicitado, eventual descumprimento a tal avença gera a obrigação de indenizar e não a restituição da coisa.

2.2 Sistema Jurídico Germânico

A fidúcia no sistema jurídico germânico possui certas semelhanças com a utilizada no direito romano, como também uma série de diferenças. Segundo Maria Helena Diniz¹², no direito germânico, tratava-se do ato pelo qual o fiduciário recebia a titularidade de um direito do fiduciante, o qual devia restitui-lo em certos casos.

Dentre as diferenças com o direito romano, destaca-se a figura dos intermediários, denominados *mansufidelis* (também chamado *nusfidelis*) e *salmann*. No primeiro

⁸ NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel**: uma análise comparada. 156 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 2010. p. 9.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 79.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ CARVALHO, Maria Serina Areias de. **Propriedade fiduciária**: bens móveis e imóveis. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Acesso em: 14 de out. 2018, p. 14-16.

¹² DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 80.

caso, cabia ao *manusfidelis* realizar a *donatio pro anima*. Já ao *salmann*, cabia a efetiva transferência do bem ao terceiro e, em função mais recente, a tutela patrimonial¹³.

Ademais, na fidúcia germânica, o bem era dado em garantia até que se cumprisse determinada condição resolutiva, que demandava o imediato retorno da propriedade para o antigo proprietário. Assim, o direito transferido pelo fiduciante ao fiduciário não é limitado pelo *pactum fiduciae*, mas sim por condição resolutiva, sendo esta a principal diferença com o direito romano¹⁴.

2.3 Sistema Jurídico Anglo-Saxônico

No direito inglês, o negócio jurídico fiduciário possui características próprias. Isto porque, no instituto denominado *mortgage*, que previa a transmissão da propriedade para garantia, com o cumprimento de determinadas condições resolutivas, a propriedade deveria ser automaticamente devolvida.

Gustavo Scudeler Negrato¹⁵, citando Philip H. Petit, o conceitua como o *negócio jurídico pelo qual uma pessoa, chamada de trustee, compromete-se a administrar bens sobre os quais tem controle, que são chamados bens dados em trust, seja em benefício do proprietário, denominado de settlor, de si mesmo ou outras pessoas (...)*.

Nesse contexto, o negócio fiduciário assume outra forma, por meio da qual o fiduciante (*settlor*) transfere seus bens ao fiduciário (*trustee*) para que este os administre como se fossem seus. Nesse caso, a propriedade fiduciária é transmitida, mas não é adicionada ao patrimônio do *trustee*, permanecendo como parte de um patrimônio de afetação.

2.4 Negócio Fiduciário no Direito Brasileiro

Segundo Orlando Gomes¹⁶, 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 lhe seja pedida a restituição.

Como se verá nos itens a seguir, a alienação fiduciária pode recair, na atualidade, sobre bens móveis e imóveis, com regimes jurídicos diferenciados no que tange à sua constituição. Contudo, os conceitos de alienação fiduciária derivam, sobremaneira, do conceito de propriedade fiduciária, fundamental para esse negócio.

Nesse sentido, os arts. 1.361 a 1.368 do Código Civil Brasileiro disciplinam a propriedade fiduciária e, conseqüentemente, o desdobramento da posse, que permite que o devedor detenha a posse direta da coisa¹⁷ e o credor sua propriedade fiduciária.

¹³ NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel**: uma análise comparada. 156 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 2010. p. 23.

¹⁴ SANTOS, Maria Luiza Werneck. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 138f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 1988. p. 21.

¹⁵ NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1972. p. 18.

¹⁷ “§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa”.

3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

3.1 Conceito

Carlos Alberto Bittar¹⁸ preceitua que *a alienação fiduciária representa venda em garantia do bem financiado, por meio do qual passam as partes a desfrutar de situação jurídica peculiar, que a legislação lhes confere.*

Fran Martins¹⁹, a seu turno, entende que a alienação fiduciária em garantia consiste na operação em que, *recebendo alguém financiamento para a aquisição de bem móvel durável, aliena esse bem ao financiador, em garantia do pagamento da dívida contraída.*

Fábio Ulhoa Coelho²⁰ complementa os conceitos acima ao afirmar que a alienação fiduciária é um contrato-meio, que instrumentaliza outros contratos como o mútuo. Afirma, outrossim, que a alienação se dá em forma de fidúcia, na medida em que o devedor fiduciante mantém a posse direta do bem e o credor fiduciário a posse indireta e o domínio resolúvel.

Diante dos conceitos acima descritos, pode se concluir que a alienação fiduciária consiste em uma modalidade contratual que implica na transferência da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem móvel, fungível ou infungível, ou imóvel, por determinado período, para um terceiro. Essa transferência de propriedade se dá com o objetivo de garantir o cumprimento de outra relação jurídica firmada. Assim, quando a segunda relação se perfaz, cabe a devolução da propriedade do bem. Se ela não se perfizer, poderá o credor pugnar pela consolidação da propriedade em seu favor.

O objetivo dessa transferência de propriedade é garantir de forma direta o cumprimento das obrigações havidas. Nesse contexto, a alienação da coisa é feita pelo devedor, mas a transferência do domínio é feita de forma resolúvel, na medida em que uma vez paga a dívida contraída, perde o credor o domínio que lhe fora transferido²¹.

A alienação fiduciária em garantia é uma espécie da alienação fiduciária e pode recair sobre bens móveis ou imóveis.

3.2 Natureza Jurídica

A alienação fiduciária é um negócio jurídico bilateral, oneroso, acessório, formal e indivisível²². No que tange à bilateralidade, decorre das obrigações criadas para ambas as partes. Em relação à onerosidade, tem-se que há benefícios a ambos, na medida em que se estabelece um instrumento creditício ao alienante e assecuratório ao adquirente.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 56.

¹⁹ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 166.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. III, p. 167.

²¹ MARTINS, Fran. *Op. cit.*, p. 167.

²² DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 88.

No que tange à acessoriedade, tem-se que a alienação fiduciária sempre decorre de outro negócio jurídico, que garante. Trata-se de um negócio formal, na medida em que requer instrumento escrito, particular ou público, no caso de envolver bens imóveis. É considerado, ainda, indivisível, pois a quitação de parte das prestações da dívida não importa em exoneração da garantia.

3.3 Distinção

3.3.1 Alienação fiduciária de bens móveis

No Brasil, a alienação fiduciária tem como objetivo garantir as operações de crédito, que foram introduzidas a partir de 1930, com o desenvolvimento da indústria e o crescimento do mercado interno. Nos últimos vinte anos, foi um instrumento bastante importante para expansão do crédito imobiliário, como espécie de garantia dessa espécie de endividamento. Adicionalmente, é utilizado no comércio de bens móveis duráveis na modalidade de crédito direto ao consumidor²³.

A partir de 1960 o país passou a sofrer forte retração econômica, aumento da inflação e consequente ociosidade dos parques industriais, de modo que era de extrema relevância um plano econômico de caráter desenvolvimentista, que trouxesse uma alternativa para o fomento da atividade industrial e maior acesso ao crédito. Na época, era necessária regulação que permitisse a estruturação de operações financeiras, que fossem aptas a angariar recursos e transferi-los para os setores de produção.

Nesse contexto, a figura da alienação fiduciária surge em nosso ordenamento jurídico com a sanção da Lei 4.728, de 1965²⁴, que regula o mercado de capitais. Contudo, o instituto da alienação fiduciária foi introduzido no ordenamento jurídico de forma incipiente, por meio de um único artigo – 66 – em uma lei muito mais abrangente, que tratava da regulação do mercado de capitais. Referido dispositivo legal, como era de se esperar por se tratar de norma inserida em ordenamento legal a que não pertencia, mostrava-se imperfeito ao regular a alienação fiduciária, causando insegurança jurídica e impedindo que o instrumento se popularizasse na proporção que o governo e o mercado desejavam.

Assim, em 1969, por meio de Decreto-Lei 911, o art. 66 da Lei de Mercado de Capitais foi integralmente revisto, tendo sido pormenorizado o instituto e inseridos os mecanismos para sua formalização, incluindo meios processuais bastante ágeis para efetivação da garantia de bens móveis, como a busca e apreensão, a ação de depósito e a consolidação da propriedade²⁵.

Na atualidade, o contrato de alienação fiduciária em garantia é disciplinado pelo art. 66-B da Lei de Mercado de Capitais, especificamente se for celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais. Em adição a tal lei, foi publicada de

²³ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 168-169.

²⁴ BRASIL. **Lei 4.728, de 14.07.1965**. Disciplina o Mercado de Capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Diário Oficial, Brasília, 16.07.1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4728.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

²⁵ BRASIL. **Decreto Lei 911, de 01.10.1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei 4.728, de 14.07.1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 03.10.1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

forma mais recente a Lei 13.043/2015, que incluiu o mecanismo de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, dentre outras providências.

Caio Mário da Silva Pereira²⁶ esclarece que a instituição da alienação fiduciária visa *contribuir para o desenvolvimento* (do mercado de capitais), *permitindo às empresas próprias financiar as vendas diretas ao consumidor, sob contornos jurídicos definidos*.

De fato, a alienação fiduciária fomenta o crédito direto ao consumidor por meio da formalização de garantias, em benefício do credor, que permitem a ele que receba o que lhe é devido, por meio de garantia que recai sobre o próprio bem. Para o devedor, por sua vez, a alienação fiduciária permite-lhe fruir bens à disposição no mercado, fomentando o ciclo econômico que é fundamental à sobrevivência do comércio de bens de consumo, como ressalta Luiz Rodrigues Wambier²⁷.

3.3.2 Alienação fiduciária de bens imóveis

Até 1997, contudo, a alienação fiduciária era aplicável apenas a bens móveis, diga-se, com bastante aceitação pelo mercado. Com a necessidade de um maior acesso à casa própria, que só se daria por meio da popularização do crédito imobiliário, naquele ano foi publicada a Lei 9.514/1997, que instituiu o Sistema Financeiro, permitindo o financiamento dos grandes projetos para os empreendedores, por meio da securitização de recebíveis imobiliários, e, para os clientes, por meio da alienação fiduciária em garantia, que é um meio que permite a recomposição do capital investido de forma ágil e eficaz, em caso de mora do devedor²⁸.

Verifica-se, portanto, que o contrato de alienação fiduciária em garantia tem regime jurídico diverso no que tange ao bem sobre o qual recai. Assim, é disciplinado pelos arts. 22 a 33 da Lei 9.514/1997, se tiver por objeto bens imóveis e pelo Decreto 911, de 1969, no que tange ao seu processamento²⁹.

Deve-se ressaltar, outrossim, a recente Lei 13.465/2017, que passou a permitir o pagamento de parcelas da dívida vencida antes que se consolide a propriedade fiduciária, dando maior agilidade ao leilão de bens alienados fiduciariamente.

Como será demonstrado ao longo do próximo capítulo, a alienação fiduciária é uma figura contratual que tem como espécie a alienação fiduciária em garantia. A diferenciação entre ambas decorre do negócio principal que garantem: no caso da alienação fiduciária em garantia, ela instrumentaliza o mútuo. O único autor dentre os pesquisados que realiza distinção tão clara é Fábio Ulhoa Coelho³⁰, sendo que os demais ora referem-se à alienação fiduciária em garantia, ora à alienação fiduciária, caracterizando-os de forma semelhante.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 54.

²⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e Apreensão na alienação fiduciária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, v. 114, p. 117.

²⁸ BRASIL, **Lei 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial, Brasília, 11.01.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. III, p. 167.

³⁰ *Idem*.

3.4 Requisitos do Contrato de Alienação Fiduciária

3.4.1 Requisitos subjetivos

A alienação fiduciária não é exclusiva de entidades pertencentes do sistema financeiro, de modo que poderá alienar em garantia pessoa natural ou jurídica, de direito privado ou público, incluindo autarquias, desde que possuam capacidade de disposição e capacidade genérica para os atos da vida civil³¹.

Orlando Gomes³² menciona que o alienante deve ser o proprietário do bem, que deve ter a capacidade de agir; em se tratando de relativamente incapaz, deve ser assistido, sob pena de anulabilidade do negócio. Em contrapartida, para o autor, a posição de fiduciário deve ser ocupada por sociedades de crédito e financiamento autorizadas a funcionar no país, únicas que teriam legitimidade para efetuar o negócio.

3.4.2 Requisitos Objetivos

A alienação fiduciária recai sobre bem móvel, *in commercium*, fungível ou infungível, cabendo, no primeiro caso, o ônus da prova do domínio, por parte do proprietário fiduciário, perante terceiros³³.

Orlando Gomes³⁴ defende que dentre os bens móveis suscetíveis de alienação fiduciária em garantia podem-se incluir os títulos de crédito e de valor, como notas promissórias, duplicatas e ações de sociedades anônimas. Segundo o § 3º, do art. 66-B, da Lei 4.728/1965, é admitida a cessão fiduciária de títulos de crédito hipótese em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta dos títulos representativos do crédito permanecem com o credor que, em caso de inadimplemento, poderá vendê-lo independente de leilão ou hasta pública³⁵.

Maria Helena Diniz vai além ao pontuar que a alienação fiduciária, que tem como objetivo de garantir o credor, pode recair também sobre bens enfitêuticos, direitos reais de uso, desde que suscetíveis à propriedade fiduciária conforme disposta no Código Civil. E, citando Alfredo Buzaid, menciona que a alienação pode recair até sobre coisas imateriais e a assunção de obrigações abstratas³⁶.

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 90-91.

³² GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 54.

³³ Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor (Lei 4.728, de 14.07.1965).

³⁴ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 67.

³⁵ 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 (Lei 4.728, de 14.07.1965, com redação incluída pela Lei 10.931/2004).

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 93.

3.4.3 Requisitos formais

Como já mencionado, a alienação fiduciária deverá se dar por escrito, seja por instrumento público ou particular, conforme o caso. Deverá conter o valor total da dívida, o prazo para pagamento, a taxa de juros, cláusula penal, estipulação de correção monetária, a descrição do objeto sobre o qual recairá a alienação, e os elementos que são aptos a identificá-lo.

Via de regra, o contrato de alienação fiduciária está inserido no próprio instrumento de abertura de crédito e, para que tenha validade perante terceiros, deverá ser registrado em cartório de títulos e documentos. Tal registro, é constitutivo do direito real de propriedade oponível a terceiros. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento sedimentado no que se refere a não exigência de registro perante o cartório como requisito de validade para o contrato de alienação fiduciária³⁷.

3.5 Direitos e Deveres das Partes

3.5.1 Fiduciante

Em linhas gerais, o fiduciante (alienante ou devedor) tem o direito de manter consigo a posse direta do bem alienado, passando a posse indireta ao adquirente (credor). Deverá utilizar o bem conforme sua destinação, empregando a diligência necessária para tanto³⁸, inclusive ingressando com as competentes ações contra eventuais turbações ou esbulhos de sua posse. Restituirá o bem ao credor caso não satisfaça a dívida no prazo.

Assim que pagar sua dívida, o fiduciante terá o direito de ter a propriedade definitiva do bem, que se processará por meio da baixa dos registros realizados nos competentes cartórios, podendo exercer seu domínio em sua plenitude³⁹. Assim, poderá reivindicar a coisa, satisfeita a dívida.

Uma vez alienado o bem para satisfazer a dívida não adimplida, tem o fiduciante o direito de receber o saldo da venda. O fiduciante tem o direito, ainda, de transmitir os direitos que detém sobre o imóvel alienado a terceiros, desde que o credor anua com a alienação e que o terceiro assuma as obrigações respectivas. Entretanto, caso o produto da venda do bem não seja suficiente para saldar a dívida, permanece o fiduciante obrigado à quitação do valor complementar⁴⁰.

³⁷ Nesse sentido: Agravo Interno nos autos do Recurso Especial 206250/MG (2012/0151471-8) – Rel^a. Min^a. Maria Isabel Gallotti – DJe 18.04.2017.

³⁸ Segundo jurisprudência dominante no STJ, restituído o bem, mesmo que deteriorado pelo uso, não se justifica a prisão para compelir o devedor a indenizar a deterioração pela falta de conservação (*Habeas Corpus* 2004/0174293-6 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – **LEXSTJ**, v. 201, p. 31).

³⁹ Em relação à demora na baixa de gravames relacionados à alienação fiduciária, o Superior Tribunal de Justiça já possui entendimento sedimentado em relação à não aplicabilidade de indenização por danos morais à espécie (Agravo Interno no REsp 1496339/RS – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – 01.08.2018).

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 101.

3.5.2 Fiduciário

Ao fiduciário cabe o direito de reivindicar a coisa da qual detém a posse indireta, no caso de insatisfação da dívida contraída, com o objetivo de aliená-la e satisfazer-se de seu crédito. Nesse sentido dispõe o art. 1.365 do Código Civil Brasileiro que é nula a cláusula que autoriza o fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia se a dívida não for paga no prazo de vencimento⁴¹.

Para reivindicar a coisa, o fiduciário pode requerer sua busca e apreensão ou ainda mover ação de depósito contra o fiduciante, para obter a restituição do bem ou o seu equivalente em dinheiro, caso este não seja encontrado⁴².

O fiduciário tem o direito, ainda, de vencer antecipadamente toda a dívida em caso de inadimplemento de uma das parcelas, independente de aviso ou notificação. Poderá, outrossim, ingressar com as competentes ações possessórias, tão logo consolidada a propriedade em seu favor.

Em caso de falência do fiduciante, pode exigir a devolução da coisa alienada fiduciariamente para posteriormente, vendê-la. Fran Martins destaca, no entanto, o disposto nos arts. 49, §§ 3º e 6º, da Lei 11.101 de 09.02.2005, segundo os quais, tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis, não se permite a venda e a retirada do estabelecimento dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial, durante o prazo de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação⁴³.

A seu turno, são deveres do fiduciário (i) proporcionar o financiamento, ou entregar a mercadoria à qual se obrigou; (ii) respeitar o uso da coisa pelo fiduciante, não molestando sua posse; (iii) restituir o domínio assim que a dívida foi integralmente paga; (iv) entregar ao fiduciante o valor remanescente da venda do bem; (v) comprovar a propriedade de bens não identificáveis perante terceiros⁴⁴.

3.6 Consequências do Inadimplemento

3.6.1 A busca e apreensão na alienação de bens móveis

Com o inadimplemento do devedor, cabe ao credor notificá-lo para que seja constituída a mora. Tal notificação dá-se de forma simplificada, por carta, não havendo sequer que se indicar o valor do débito⁴⁵. Em seguida, caberá ao fiduciário propor a busca e apreensão, que permite que a propriedade seja consolidada.

Proposta a demanda, será concedida liminarmente a busca e apreensão do bem, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento. Caberá ao réu, em con-

⁴¹ Autores como Pontes de Miranda entendem que não há porque proibir tal cláusula, chamada comissória, medida em que o credor já possui o domínio e a posse indireta do bem (*Ibidem*, p. 105).

⁴² Inobstante a lei atribuir ao fiduciante a condição de depositário, segundo entendimento de Orlando Gomes, não há a coexistência de contrato de depósito com a alienação fiduciária, mas sim a equiparação do possuidor a depositário, apenas por conveniência aos interesses das partes e para dar maior segurança à relação jurídica travada entre ambos (*Ibidem*, p. 83).

⁴³ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais, edição revista e aumentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 169.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 102.

⁴⁵ “*STJ, Súmula 245. A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do débito*”.

testação, alegar o pagamento do débito ou o cumprimento de suas obrigações, ou ainda a purga da mora. A partir daí, será proferida a sentença.

Não sendo encontrado o bem na posse do devedor, pode a ação de busca e apreensão ser convertida em ação de depósito, além de serem executadas outras garantias porventura existentes, como o aval.

Outra questão controvertida em relação às ações que envolvem a alienação fiduciária, consiste na prisão civil que decorre do depósito infiel do bem alienado fiduciariamente, nos casos de recusa de entrega, perecimento ou desfazimento do bem.

Parte da doutrina entendia que o depósito de que trata o Decreto 911/1969 se coaduna com a regra constitucional que permite a prisão do depositário infiel, na medida em que o fiduciante tem o dever de guarda e conservação do bem que recebeu do credor, e a obrigação de devolvê-lo. O que proíbe a Constituição é a prisão civil por dívida e não a prisão do depositário que se nega a entregar bem sobre o qual detém a posse e não a propriedade plena⁴⁶.

A corrente majoritária, no entanto, entende que o depósito a que se refere o Decreto 911, de 1969 não seria compatível com a regra constitucional que permite a prisão do depositário infiel, na medida em que a tutela da Constituição caberia apenas em casos em que um valor superior à liberdade fosse objeto de atendado (como no caso do direito à vida, que é colocado em perigo quando uma prestação alimentar deixa de ser paga). Para os defensores dessa corrente, não caberia a prisão civil no caso de depósito infiel no âmbito da alienação fiduciária.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já se posicionou a respeito por meio da Súmula Vinculante 25⁴⁷, que prevê que é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito⁴⁸.

Nos dias de hoje, principalmente após o Brasil tornar-se signatário do Pacto de San José da Costa Rica⁴⁹, em 1992, não há como defender a prisão civil em caso de inadimplemento de bem alienado fiduciariamente. Isto porque, os pactos internacionais que tratam sobre direitos humanos são equiparados às normas constitucionais no Brasil e, portanto, são hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional, ainda que com data anterior ao pacto⁵⁰.

3.6.2 O leilão extrajudicial na alienação fiduciária de bens imóveis

O inadimplemento das obrigações contratuais por parte do devedor sujeita o bem imóvel, objeto de alienação fiduciária, ao procedimento disciplinado pelo art. 26 e seguintes da Lei 9.514/1997, conforme alterada pelas Leis 13.043/2014 e 13.465/2017.

⁴⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e Apreensão na alienação fiduciária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, v. 114, p. 125-127.

⁴⁷ Publicada no Diário da Justiça Eletrônico n. 238, p. 1, em 23.12.2009.

⁴⁸ Nesse sentido: *Habeas Corpus* 2010/0217480-3 – Min. Vasco Della Giustina – DJE 05.05.2011.

⁴⁹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 22.11.1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

⁵⁰ HC 95.967 – Relª. Ellen Gracie – 2ª T. – j. em 11.11.2008 – DJE 27 28.11.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 21 out. 2018.

Assim, em caso de inadimplemento, vencem-se antecipadamente todas as parcelas da dívida contraída; uma vez constituído em mora o fiduciante, sem que haja o pagamento, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Vale ressaltar que a constituição da mora no caso da alienação fiduciária de bem imóvel pode ser realizada pessoalmente, a pedido do oficial do Cartório de Registro de Imóveis, pelo oficial do Cartório de Títulos e Documentos, ou ainda pelo correio, com aviso de recebimento. Na ausência do devedor após duas tentativas, poderá ser intimada qualquer pessoa da família, vizinho ou até mesmo funcionário da portaria de condomínios edifícios.

Em não havendo a purga da mora pelo devedor, segundo o art. 27 do mesmo diploma legal, deverá o credor fiduciário promover o competente leilão extrajudicial em 30 dias, para alienar o imóvel. Até a realização da segunda praça, é assegurado ao devedor o direito de preferência para adquirir o imóvel pelo valor da dívida, somado a encargos e despesas, inclusive tributárias.

3.7 Extinção do Contrato

Extingue-se o contrato de alienação fiduciária com o adimplemento das prestações por parte do fiduciante, que leva à extinção da propriedade fiduciária. Neste caso, cancela-se o registro da alienação fiduciária do bem perante o órgão que a registrou, conforme o caso, mediante termo de quitação expedido pelo fiduciário.

O perecimento da coisa alienada também é causa de extinção do contrato, inobstante, nesse caso, persista o crédito que gerou a garantia.

Em caso de confusão entre o credor e o proprietário pleno, ou seja, com a consolidação da propriedade, também se extingue o contrato. Da mesma forma, a adjudicação judicial, a remissão, arrematação ou venda extrajudicial também extinguem o contrato, na medida em que possuem o mesmo efeito⁵¹.

O contrato de alienação pode extinguir-se, também, em decorrência do inadimplemento. Nesse sentido, aduz Orlando Gomes que o vencimento da dívida toda, sem pagamento, implica a resolução do contrato e a perda definitiva da propriedade. Essa resolução, se dá por força de condição resolutiva expressa e a perda da propriedade decorre da imposição da lei⁵².

Diante da condição resolutiva expressa que é da natureza de tais contratos, o autor opõe-se à purga da mora nesses casos. Em seu entendimento, é de *lamentável excentricidade legislativa a autorização para o devedor emendar a mora de uma prestação, quando todas já estão vencidas*⁵³.

No caso de alienação fiduciária de bens imóveis, no entanto, é clara a possibilidade de purga da mora por parte do devedor, sendo que somente após a concessão de prazo para tanto, caberá a consolidação da propriedade do imóvel em favor do credor fiduciário⁵⁴.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5. p. 106-107.

⁵² GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1972. p. 102.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ “**Lei 9514/1997, art. 26, § 8º** Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio”.

Contudo, a Lei 13.476, de 28.08.2017, estabeleceu expressamente que os §§ 5º e 6º, do art. 27, da Lei 9.514/1997 são inaplicáveis à alienação fiduciária de bens imóveis, impedindo a purga da mora perante o cartório de registro de imóveis.

3.8 Distinção entre a Alienação Fiduciária de Bens Imóveis e outros Institutos

Um dos grandes benefícios da alienação fiduciária para o fomento do mercado de crédito no Brasil é a facilidade e a agilidade com que o credor pode executar a garantia. Esse instituto, como será visto, é mais abrangente que outros, como o penhor e a hipoteca.

Inicialmente, vale esclarecer a diferença entre a alienação fiduciária e a hipoteca. Como já se demonstrou anteriormente, a alienação fiduciária de bem imóvel gera a propriedade fiduciária em favor do credor, que consiste em direito real sobre bem próprio. A hipoteca, por sua vez, consiste em mero direito real de garantia sobre coisa alheia, por meio da qual o credor tem um direito de preferência sobre credores quirografários para a excussão do bem que é dado em garantia. Em caso de falência, o credor hipotecário está sujeito aos credores tributários e trabalhistas. O credor fiduciário, no entanto, está livre dos efeitos da falência ou da insolvência.

No que tange ao penhor, verifica-se que um de seus elementos essenciais é a efetiva tradição da coisa, ou seja, a transferência da posse para o credor, mantendo o devedor o direito de propriedade. Trata-se, portanto, de um direito real de garantia sobre coisa alheia. Da mesma forma que o credor hipotecário, o pignoratício tem preferência a créditos quirografários, mas não a tem em relação a trabalhistas e tributários

3.9 Questões Controvertidas Envolvendo a Alienação Fiduciária

3.9.1 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à alienação fiduciária de bens imóveis

A discussão existente consiste na aplicabilidade do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁵ aos contratos de financiamento imobiliário garantidos por alienação fiduciária.

Referido artigo dispõe que nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, mediante pagamento de prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleiteia a resolução do contrato e a retomada do produto.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a respeito da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados com instituições financeiras⁵⁶.

⁵⁵ “**Art. 53.** Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

Nesse sentido, Arnaldo Wald esclarece que, embora entenda que o contrato de financiamento imobiliário não se enquadra nos conceitos de produto ou serviço do Código de Defesa do Consumidor, o valor que é obtido com a venda do bem não é diretamente ressarcido ao devedor, mas sim sob a forma de abatimento do saldo que lhe compete⁵⁷.

Contudo, como já anteriormente mencionado, no que tange à alienação fiduciária que recai sobre bem imóvel, é aplicável o art. 27, § 4º, da Lei 9.514/1997, que expressamente prevê que o bem será objeto de leilão para alienação, cabendo ao devedor, nessa hipótese, o direito de reaver o saldo apurado, mas não a restituição total do *quantum* pago ao longo da avença⁵⁸.

3.9.2 Alienação fiduciária e falência

A Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei 11.101/2005) prevê expressamente em seu art. 32 que na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurado ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente. A questão que se coloca, contudo, diz respeito à continuidade de contrato de alienação fiduciária, inobstante a falência do fiduciário.

A respeito do tema, Melhim Namem Chalhub (2006, p. 45) esclarece que a massa falida pode assumir a posição do fiduciário, mantendo o direito do fiduciante. Assim, se o fiduciante pagar obterá a propriedade plena do bem; se não, sujeitar-se-á aos efeitos da mora. A propriedade resolúvel da massa falida, no caso, se reverteria em favor do concurso de credores⁵⁹.

Vale lembrar, outrossim, que a Lei de Recuperação de Empresas e Falências também prevê a suspensão de todas as ações contra o devedor pelo prazo de 180 dias, contados do deferimento do pedido de recuperação⁶⁰. Essa suspensão de prazo afeta, inclusive, as garantias fiduciárias.

Segundo o § 3º, do art. 49, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências⁶¹, o credor fiduciário não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Contudo,

⁵⁶ Súmula 297. **RSTJ**, v. 185, p. 666. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

⁵⁷ WALD, Arnaldo. Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 51, p. 272.

⁵⁸ “**Art. 27.** Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel. (...) § 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil. § 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º. § 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio”.

⁵⁹ CHALHUB, Melhim Namen. **Negócio fiduciário**. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 245.

⁶⁰ § 4º do art. 6º da Lei 11.101/2005.

⁶¹ “**Art. 49, § 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 irretroatibilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não

conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, há uma exceção a tal regra, que determina a proibição da venda ou retirada dos bens considerados essenciais à atividade da empresa em recuperação judicial, mesmo após o decurso do prazo de suspensão.

3.9.3 Aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial

Segundo Orlando Gomes (2007, p. 45), o adimplemento substancial consiste na hipótese em que o contratante executa grande parte de suas obrigações, e deixa de executar parte insignificante perante o todo, cuja consequência principal é impedir a resolução do contrato sob alegação de inadimplemento⁶².

Assim, com base na arguição de boa-fé, os devedores buscaram impedir que os credores resolvessem a relação contratual havida em razão do inadimplemento de uma parcela diminuta da obrigação, ou seja, do financiamento. Contudo, baseados nas regras a que se submetem os bens alienados fiduciariamente e à importância da manutenção da segurança jurídica as concessões de crédito que são por eles garantidos, os tribunais pátrios já firmaram posição no sentido da inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial a essa modalidade contratual, sendo que a mora do devedor, nesses casos, somente pode ser afastada pelo pagamento da integralidade da dívida⁶³.

3.9.4 Alienação fiduciária e locação

O credor fiduciário deverá anuir com a locação do bem, conforme preceitua o art. 7º, da Lei 7.245/1991). Com a consolidação da propriedade em favor do credor, cabe ao locatário desocupar o bem, mediante denúncia, que deverá ser realizada pelo fiduciário ou pelo arrematante do imóvel, conforme o caso. O prazo para desocupação do imóvel será de 30 dias, em caso de não anuência do fiduciário ao contrato de locação ou de 90 dias, em caso de anuência.

Em relação ao direito de preferência, tem-se que ele não assiste ao locatário de imóvel alienado fiduciariamente. Esse fato decorre do disposto no parágrafo único, do art. 32, da Lei 8.245/1991 (incluído pela Lei 10.931/2004), que prevê que nos contratos firmados a partir de 01.10.2001, o direito de preferência não alcança os casos de propriedade fiduciária, devendo essa condição constar expressamente de cláusula contratual específica. Nesse caso, caberia ao locatário disputar o imóvel com terceiros em leilão convocado para sua alienação.

Para reaver o imóvel locado, assiste ao credor fiduciário o direito de ingressar com ação de reintegração de posse, desde que a propriedade já se tenha consolidado em seu favor. Contudo, há autores que pugnam pelo cabimento da ação de despejo

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”.

⁶² GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 por Antonio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Edvaldo Brito (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45.

⁶³ REsp 1622555/MG – Rel. Min. Marco Buzzi – 2ª Seção – Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze – j. em 22.02.2017 – DJe 16.03.2017.

para o caso, concluindo que a reintegração somente seria cabível em desfavor do devedor fiduciante⁶⁴.

Nesse sentido, negou provimento a recurso em ação de busca e apreensão, em que determinado credor visava proceder com a retirada de bens objetos de alienação fiduciária, por considerar bens imprescindíveis para a continuidade do ramo empresarial da empresa em recuperação judicial, mantendo, portanto, os efeitos da decisão que determinou a prorrogação do prazo de 180 dias previsto na mencionada norma legal.

Ao proferir essa decisão, o STJ pacificou o entendimento, trazendo maior segurança jurídica, tanto aos credores quanto às empresas em recuperação judicial, e deu fim à duas discussões: primeiramente, sobre a possibilidade de prorrogação do prazo de suspensão de 180 dias, visto que a lei trata como “improrrogável”; e, em um segundo momento, no tocante aos efeitos desta prorrogação também com relação aos créditos garantidos por alienação e cessão fiduciária.

4 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE AÇÕES

A alienação fiduciária de ações é muito utilizada como forma de garantia em operações estruturadas de financiamento, ou ainda nas emissões de valores imobiliários, como debêntures.

Encontra-se especificada na Lei 6.404/1976, que trata das sociedades por ações e, em seu art. 40, estabelece que a alienação fiduciária em garantia deverá ser objeto de registro no livro de registro de ações nominativas das sociedades anônimas que os mantenham (em geral, sociedades de capital fechado), ou nos correspondentes livros cuja guarda fica em poder dos agentes escriturais, em geral, no caso de sociedades anônimas de capital aberto.

Uma das principais questões relacionada à alienação fiduciária de ações consiste no exercício do direito de voto que, segundo o parágrafo único, do art. 113, da Lei 6.404/1976, não poderá ser exercido pelo credor, mas sim pelo devedor, que deverá exercê-lo nos limites do contrato celebrado. Assim, em contratos dessa natureza, em geral é estabelecido um rol de matérias, que visam proteger seus credores e, evidentemente, a própria companhia de modo que, em caso de inadimplemento, estará o devedor impedido de deliberar sobre determinados termos como, por exemplo, a alienação ou oneração de patrimônio da companhia.

Outra questão que recai nos casos de alienação fiduciária de ações, diz respeito à propriedade dos frutos que delas advém, ou seja, os dividendos. Em contratos dessa natureza, em geral, estão preservados os direitos dos acionistas de receber os dividendos previstos em lei, ou seja, no art. 202, da Lei 6.404/1976, exceto em caso de inadimplemento.

No que tange à excussão das ações em caso de inadimplemento, verifica-se que não há um regime legal aplicável, como no caso da alienação fiduciária que recai sobre bens móveis e imóveis. O que se vê nas relações travadas entre empresas e o mercado financeiro é a inclusão de cláusulas contratuais que permitem que o credor automaticamente tome posse das ações dadas em garantia, por meio da inclusão de cláusulas mandato ou penhor, por exemplo. Trata-se do mecanismo conheci-

⁶⁴ CARVALHO, Maria Serina Areias de. **Propriedade fiduciária**: bens móveis e imóveis. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Doi:10.11606/D.2.2009.tde-16112011-162843. p. 121.

do como *step in rights*, ou direito de assunção do controle em caso de inadimplemento⁶⁵, que tem como objetivo sanear a situação da empresa e prepará-la para sua venda futura.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível verificar ao longo do presente estudo, o instituto da alienação fiduciária em garantia remonta ao direito romano, principalmente no que tange ao conceito de fidúcia, ou seja, confiança. Na época, a propriedade era transferida de forma plena, irrestrita e ilimitada, de modo que se o fiduciário optasse por não devolver o bem, não havia como buscá-lo, cabendo a resolução do contrato por perdas e danos. Apenas no período clássico foi instituído o *pactum fiduciae*, ou seja, o dever de restituição da coisa.

No Brasil, a alienação fiduciária foi introduzida em nosso ordenamento com o mercado de capitais, primeiramente voltada aos bens móveis, por meio da Lei 4.728/1965. Desde 1997, no entanto, teve seu espectro aumentado, passando a recair, também, sobre bens imóveis, com a promulgação da Lei 9.514/1997. Trata-se, portanto, de uma figura contratual com dois regimes jurídicos diversos, de acordo com os bens que a ela se submetem.

Diante da pesquisa realizada, foi possível estabelecer o conceito de alienação fiduciária no Direito Brasileiro, que consiste em uma modalidade contratual que implica na transferência da propriedade resolúvel e na posse indireta de um bem móvel fungível ou infungível, ou ainda imóvel, por determinado período, para um terceiro. Essa transferência de propriedade se dá com o objetivo de garantir o cumprimento de outra relação jurídica firmada. Assim, quando a segunda relação se perfaz, cabe a devolução da propriedade do bem. Se ela não se perfizer, poderá o credor pugnar pela consolidação da propriedade em seu favor.

A alienação fiduciária no Brasil tem sido utilizada em larga escala, seja no financiamento de bens de consumo ou da casa própria, propiciando um maior acesso ao crédito e, conseqüentemente, fomento à atividade industrial e à construção civil. Isto se dá porque o mecanismo de excussão da garantia – a busca e apreensão de bens móveis e o leilão extrajudicial de bens imóveis – é célere e eficaz, permitindo ao alienante um instrumento creditício e ao adquirente um meio assecuratório eficiente. Com a diminuição dos riscos de crédito sobreveio um cenário de estabilidade, que acaba por atrair investidores, em um círculo virtuoso.

Vale lembrar, outrossim, que as principais questões voltadas à alienação fiduciária têm sido levadas aos tribunais, que tem decidido uniformemente em relação a seus termos, ou seja, declarando a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações assumidas, fato este que traz ainda maior segurança jurídica ao instituto.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

⁶⁵ ENEI, José Virgílio Lopes; VIEIRA, Antonio Paulo Kubli. *Step in Right no Direito Brasileiro*. Disponível em: <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/imprensa-ij/step-in-right-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 4.728, de 14.07.1965**. Disciplina o Mercado de Capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Diário Oficial, Brasília, 16.07.1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4728.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei 911, de 01.10.1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei 4.728, de 14.07.1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 03.10.1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. **Lei 6.404, de 15.12.1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial, Brasília, 17.12.1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11.09.1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 12.02.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. **Lei 8.242, de 18.10.1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Diário Oficial, Brasília, 21.10.1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. **Lei 9.514, de 20.11.1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 21.11.1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10.02.2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial, Brasília, 11.01.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. **Lei 11.101, de 09.02.2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial, Brasília, 09.02.2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

CARVALHO, Maria Serina Areias de. **Propriedade fiduciária**: bens móveis e imóveis. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Doi:10.11606/D.2.2009.tde-16112011-162843. Acesso em: 14 out. 2014.

CHALHUB, Melhim Namen. **Negócio fiduciário**. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CLAUDINO, Patricia Brasil. **A execução da alienação fiduciária de imóvel**: uma análise da execução administrativa e judicial. F.118. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2016. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/patricia_brasil_claudino.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.

FARO, Alexandre Gereto de Mello. **Regime jurídico da alienação fiduciária em garantia e alienação fiduciária de ações**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. 175f.

FRONTINI, Paulo Salvador. Supremo decide: consórcios podem usar alienação fiduciária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, v. 37, p. 163 e ss.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 por Antonio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino, coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAES, Mauro Delphim de. Alienação fiduciária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, v. 31, p. 100 e ss.

NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel**: uma análise comparada. 156 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 2010.

SANTOS, Maria Luiza Werneck. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 138f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 1988.

WALD, Arnoldo. Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 51, p. 253 e ss.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e Apreensão na alienação fiduciária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, v. 114, p. 117 e ss.