

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Maria Fernanda Mouchbahani Peralta

Com o passar dos anos, as clássicas garantias legais, tais como a hipoteca, o penhor e a anticrese, começaram a demonstrar deficiências, fazendo-se necessária uma revisão no sistema de modo a contornar os problemas decorrentes de tais figuras e permitir maior circulação de riquezas¹.

Em meio a esse contexto, juristas europeus, baseados no antigo instituto romano da fidúcia, cunharam a figura do negócio fiduciário com o fim de satisfazer uma sociedade industrializada e oferecer maior proteção ao crédito, criando condições para o devedor cumprir a obrigação.²

A fidúcia do direito romano³ se dividia em: “fiducia cum amico” e “fiducia cum creditore”, sendo a primeira uma espécie de negócio jurídico no qual uma pessoa alienava seus bens em face da condição de que seriam restituídos quando cessassem as situações que motivaram o negócio jurídico: uma viagem, uma guerra, questões políticas. Nessa modalidade, portanto, não havia a finalidade de garantia, mas sim de guarda e de conservação do bem.

Por outro lado, a “fiducia cum creditore” aproxima-se do modelo que hoje se conhece, porquanto nesta modalidade o proprietário vendia bens a seu credor, sendo restituído quando a dívida estivesse quitada⁴.

Ambos os tipos possuíam traço comum: a efetiva transmissão da propriedade de determinado bem desde que condicionada ao cumprimento de determinado fim. Assim, havia a obrigação do adquirente-fiduciário de restituir o objeto após o cumprimento do objetivo do contrato.

¹ CHALUB, Melhin Namen. **Negócio Fiduciário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p.29.

² MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.p.3.

³ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.20.

⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tratado de alienação fiduciária em garantia – Das bases romanas à Lei n. 9.514/97**. 1 ed. São Paulo: Editora LTr, 1999.p.32.

No ordenamento jurídico brasileiro, a fidúcia foi instituída por meio da Lei 4728/1965, que regula o mercado de capitais e segue o modelo romano da “fiducia cum creditore”, sendo tal garantia denominada de propriedade fiduciária.

De acordo com Melhim Namem Chalub, “a propriedade, ou titularidade fiduciária, em garantia é direito real⁵, oponível erga omnes, sendo o contrato seu título aquisitivo e o registro o modo de sua aquisição”⁶.

A propriedade fiduciária se transfere ao credor em forma de patrimônio de afetação. Forma propriedade resolúvel, que é “aquela que se resolve pelo implemento de uma condição ou advento de um termo, com efeito ex tunc⁷”. Portanto, o que ocorre na propriedade fiduciária é que o credor-fiduciário é proprietário sob condição resolutiva (apenas enquanto perdurar a obrigação) e assim que cumprida a obrigação, a propriedade retorna ao devedor-fiduciante.

O patrimônio de afetação acima referido, de acordo com a conceituação de Melhim Namem Chalub, seria a segregação patrimonial imposta a determinados bens, para que se destinem à finalidade específica⁸.

Quanto à constituição da propriedade fiduciária, tem-se como uma das formas a celebração de contrato de alienação fiduciária em garantia. Inspirada pelo instituto romano “fiducia cum creditore”, surgiu a primeira lei que regulou a alienação fiduciária no Brasil: a Lei 4.728/1965. Tal disciplina “inseriu em nosso ordenamento mais um direito real de garantia, que se agrega ao rol já existente, com garantias próprias”⁹.

⁵ Cabe aqui ressaltar as lições de Fabio Ulhoa Coelho, que estabeleceu a seguinte diferenciação entre direitos reais em garantia e direitos reais de garantia: “Os direitos reais de garantia constituem na atribuição ao credor de uma garantia real sobre bem que continua a ser de propriedade do devedor, mesmo após a constituição da obrigação garantida. São três as garantias reais desta espécie: hipoteca, penhor e anticrese. Já nos direitos reais em garantia, a garantia real recai sobre bem originariamente do devedor, mas que passa à propriedade do credor – propriedade resolúvel, desconstituída com o adimplemento da obrigação garantida. São duas: alienação fiduciária em garantia e cessão fiduciária de direitos creditórios. É relevante a classificação da garantia real numa ou noutra categoria em vista da forma de sua efetivação. Quando se cuida de direito real de garantia, a efetivação alcança-se mediante expropriação judicial do bem (no bojo de execução individual ou concursal); enquanto a de direito real em garantia faz-se pela consolidação da propriedade do bem garantido no patrimônio do credor”. (COELHO, Fabio Ulhoa. **A trava bancária**. Revista do advogado. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, n.105, set, 2009. p.62).

⁶ CHALUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.134

⁷ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 19.

⁸ CHALUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 65.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito Reais**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.p.405.

Ato contínuo, o artigo 66 da Lei 4.728/1965 foi alterado pelo Decreto Lei 911/1969¹⁰, estabelecendo a alienação fiduciária como instrumento de obtenção de crédito, criando contornos definitivos¹¹.

Na sequência, foi promulgada a Lei 9.514 de 20.11.1997, ampliando o objeto do instituto da alienação fiduciária de modo a alcançar os bens imóveis, suprimindo importante lacuna do sistema de garantias¹².

Apesar de ter mais aplicação no mercado de produção e de comercialização de imóveis com pagamento parcelado, a Lei 9.514/1997 não possui sentido restritivo: é possível que seja constituída propriedade fiduciária de bem imóvel para garantia de qualquer obrigação.

Posteriormente, o Decreto Lei 911/1969, acima referido, foi alterado pela Lei 10.931, de 02.08.2004, que “*teve por finalidade maior criar o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias*”¹³.

O Código Civil também participou da disciplina do instituto, em seus artigos 1.361 a 1.368-A, dando contornos gerais à matéria, sob a epígrafe de propriedade fiduciária.

Ao contrário da Lei 4.728/1965, as disposições do Código Civil acerca da garantia fiduciária não restringiram sua aplicação ao mercado de capitais, mas sim legitimaram qualquer pessoa a contratar sua aplicação em garantia de pagamento de dívida¹⁴.

Logo, tendo em vista as legislações aplicáveis à alienação fiduciária, cabe entender e classificar tal instituto.

De acordo com Marlon Tomazette, é possível falar em três tipos de alienação fiduciária:

¹⁰ CHALUB, Melhin Namen. **Negócio Fiduciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.175.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito Reais**. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.406

¹² CHALUB, Melhin Namen. **Negócio Fiduciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.237

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito Reais**. 13 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.406.

¹⁴ Assim, existem no direito positivo brasileiro duas espécies de propriedade fiduciária de bens móveis para fins de garantia: uma de aplicação geral como garantia de dívida, sem restrição quanto a pessoa do credor, regulamentada pelos arts. 1.361 a 1.368-B do Código Civil e outra exclusivamente para garantias de créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capital, bem como do fisco e da previdência social, caracterizada pelas disposições especiais definidas pelo art. 66-B e seus parágrafos da Lei 4.728/2004. (CHALUB, Melhin Namen. **Negócio Fiduciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.177).

comum, especial e de imóveis.⁵⁴ A primeira é disciplinada pelo Código Civil (arts. 1.361 a 1.368) e terá por objeto qualquer bem móvel infungível. A segunda é a regida pela Lei no 4.728/65 e pelo Decreto-lei no 911/69, podendo abranger bens móveis fungíveis ou infungíveis, limitandose, contudo, a garantia de operações realizadas no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários. Por fim, a alienação fiduciária de imóveis é regida pela Lei no 9.514/97, podendo ser utilizada em qualquer operação¹⁵.

Para Melhin Chalhub¹⁶, define-se alienação fiduciária como o negócio jurídico por meio do qual o devedor/fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor/fiduciário da propriedade ou titularidade resolúvel de determinado bem. Assim, o devedor mantém a posse direta e é considerado o depositário do bem, enquanto o credor possui a posse indireta. No entanto, ressalta-se, caso a alienação seja sobre bem fungível, direito sobre bem móvel ou título de crédito, via de regra, a posse direta e a indireta permanecem com o credor.

Na alienação fiduciária, portanto, o credor-fiduciário passa à condição de proprietário dos bens alienados pelo devedor fiduciante¹⁷, detendo a propriedade resolúvel, conforme artigo 1359 do Código Civil. Como visto, a propriedade resolúvel é aquela que se resolve através do implemento de condição ou de advento de determinado prazo. Conforme interpretação do artigo 1359 do Código Civil, a resolução da propriedade tem efeito retroativo, ou seja, é como se a alienação jamais houvesse ocorrido. Assim, quando cumprida a obrigação pelo devedor-fiduciante, o direito de propriedade do credor-fiduciário cessa e a propriedade retorna ao devedor¹⁸.

Tendo em vista tais definições, cabe apresentar os requisitos aos quais se submete a alienação fiduciária. O instrumento da alienação fiduciária deve conter as cláusulas determinadas pelo art. 24 da Lei 9514/1997, quais sejam: o valor do principal da dívida; o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; a taxa de juros e os encargos incidentes; a cláusula de constituição da propriedade fiduciária com a descrição do imóvel objeto da alienação

¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. v. 3. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.120.

¹⁶ CHALUB, Melhin Namen. **Negócio Fiduciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.31.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito Reais. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.411.

¹⁸ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Atlas, 2013.p. 19.

fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão e a cláusula dispendo sobre os procedimentos da alienação do bem.

A propriedade fiduciária só se considera constituída mediante registro do contrato de alienação fiduciária no registro competente. O registro é elemento essencial da segurança jurídica, pois, na sua falta, o gravame não terá eficácia contra terceiros. Assim, é elemento essencial para que a alienação fiduciária produza todos os seus efeitos¹⁹.

Insta salientar que quando da extinção da dívida pelo devedor fiduciante, este se torna proprietário do bem através da resolução da propriedade. A alienação fiduciária, assim, tem em sua própria razão sua extinção, ou seja, o título aquisitivo da propriedade já contém o germe de seu fim.²⁰

Assim, não cumprida a obrigação e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, nos termos dos parágrafos do art. 26 da Lei 9.514/1997.

Portanto, a consolidação da propriedade do bem dado em garantia só ocorre se observados os trâmites legais estabelecidos na supracitada legislação, em especial a correta notificação dos devedores e fiduciantes. Soma-se a essa regulamentação, ainda, a Instrução Normativa 11/2017 da Corregedoria da Justiça do Estado do Paraná que estipula prazo de validade de 30 dias desta notificação, a iniciar-se na data em que expira o prazo para o devedor notificado purgar a mora.

Na sequência, estando o imóvel consolidado, o fiduciário deverá promover leilão público para a alienação deste no prazo de 30 (trinta) dias contados da data do registro da consolidação, consoante dispõe o art. 27 da Lei 9.514/1997.

Tratando-se de bens móveis, o DL 911/69 estabelece a possibilidade de o credor requerer, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor, a busca e apreensão do bem, que é a garantia efetiva do cumprimento da obrigação²¹.

¹⁹ CHALUB, Melhin Namen. **Negócio Fiduciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.188

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito Reais**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.411.

²¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 1 ed. São Paulo: RT, 2008. p.448.

De modo breve, tem-se que a ação de busca e apreensão é um instrumento hábil de pronta apanha do objeto em garantia por conta do credor fiduciário, sendo que, estando cumpridos os requisitos, o mandado será liminarmente concedido pelo juiz.

De acordo com o artigo 1364 do Código Civil, uma vez vencida a dívida e não paga, o credor fica obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, devendo aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, entregando o saldo, se houver, ao devedor.

Tal obrigação de venda decorre da disposição legal que proíbe a cláusula comissória (artigo 66, §6º da Lei 10.931/2004). Após a busca e apreensão do bem, então, ele deve ser alienado conforme determinação legal. A única exceção a essa regra é a trazida pelo artigo 1365 do Código Civil, em seu parágrafo único:

Art. 1.365. 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.
Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.

Portanto, tem-se que o contrato de alienação fiduciária em garantia tornou-se o meio mais seguro de tutelar o credor, vez que nessa relação contratual o devedor reserva a mera posse do bem, sem qualquer direito real. Ademais, destaca-se novamente o instrumento da busca e apreensão, que fica disponível ao credor para dar cumprimento a obrigação em caso de inadimplemento.²²

²² PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 1 ed. São Paulo: RT, 2008.p.440.