

Aspectos da alienação fiduciária em garantia

JACKSON ROCHA GUIMARÃES

Professor Assistente Contratado da Faculdade
de Direito da U.F.M.G.

SUMARIO — 1. Breve notícia histórica. —
2. Generalidades. — 3. Conceito. — 4. Objeto.
— 5. Diferenças de outros institutos. —
6. Contrato de alienação fiduciária em garantia.
— 7. Campo de aplicação. Divergência doutri-
nária. Jurisprudência. Nossa opinião. —
8. Execução da alienação fiduciária em garantia.

1 — BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

A origem do negócio fiduciário, do qual a alienação fiduciária em garantia é espécie, pode ser vislumbrada no direito romano, sendo que a Lei das Doze Tábuas parece ser o primeiro texto legal que o consagra.

A fidúcia romana era uma convenção em virtude da qual uma das partes (o fiduciário) recebia da outra (o fiduciante) uma coisa, através da “mancipatio” ou da “in iure cessio”, se comprometendo a lhe dar uma determinada destinação ou restituí-la ao fiduciante.

Segundo informação de EBERT CHAMOUN (Instituições de Direito Romano — pgs. 346/347), a fidúcia tinha as mais variadas aplicações. Com respeito às pessoas, era empregada para transferir a um terceiro a propriedade de um escravo, com a obrigação de libertá-lo (“lex ut manumittatur, fiducia manumissionis causa”); para vender a mulher a um terceiro,

com a obrigação de libertá-la, a fim de fugir de seus agnados (“coemptio fiduciaria”) ou para afastá-la da “manus” do marido, na “coemptio” e no “usus”. Com relação às coisas, podia ser utilizada para dar ao credor uma garantia real, transferindo-lhe o devedor a propriedade de uma coisa, com a obrigação de restituí-la, quando a dívida fosse paga (“fiducia cum creditore pignoris iure”) e para colocar a coisa em lugar seguro, confiando-a a um terceiro, que melhor a protegesse e que devia, depois, restituí-la (“fiducia cum amico”). A “fiducia cum creditore” era o aspecto mais importante da fidúcia, dada a sua associação com os direitos reais de garantia; a “fiducia cum amico” apresenta semelhanças com o depósito e o comodato, deles diferindo por acarretar a transferência da propriedade da coisa, que o fiduciante quer ver em maior segurança.

Como vimos, a “fiducia cum creditore pignoris iure” se caracterizava pela transmissão de uma coisa, mediante “mancipatio” ou “in iure cessio”, feita pelo devedor ao credor, com o escopo de lhe dar uma garantia real. Ao lado da transmissão da coisa, havia a celebração de um pacto, o “pactum fiduciae”, pelo qual se comprometia o credor a restituir a coisa, quando fosse paga a dívida (“Pecunia soluta”). Se satisfeita a dívida e o credor se recusava a entregar a coisa dada em garantia, o devedor tinha uma ação pessoal, a “actio fiduciae”, para reavê-la. ASCOLI (Apud ALFREDO BUZOID — “Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia” — in Revista dos Tribunais 401/12) chega a afirmar que a fidúcia precedeu historicamente os outros direitos reais: o penhor e a hipoteca.

Com o tempo, no entanto, os romanos conceberam formas mais simples de garantia. A fidúcia implicava na perda da coisa para o credor. O penhor (pignus), por seu lado, dava ao devedor, uma vez paga a dívida, ação real para retomar a coisa dada em garantia. A vantagem saltava aos olhos. A fidúcia, como vimos, proporcionava ao devedor simples ação pessoal, podendo esbarrar com a insolvência do fiduciário.

ALFREDO BUZOID (Ob. cit. — idem — pg. 13) informa que no antigo direito alemão havia o penhor de propriedade, que correspondia à “fiducia cum creditore” dos romanos. Con-

sistia êle na transferência que o devedor fazia ao credor da propriedade da coisa, pactuando em conjunto a obrigação de restituí-la, tão logo o devedor, no vencimento, tivesse pago a dívida.

Na Inglaterra, surgia a figura do "trust". Essa palavra significa confiança. O "trustee" é aquele a quem se confiam bens para que deles faça uso, conforme o encargo que lhe foi cometido. ERNEST LEHR (*Éléments de Droit Civil Anglais — Tome premier — pg. 291*) explica o instituto do "trust" no direito inglês: "La langue juridique française n'a même pas, à vrai dire, de terme qui corresponde au mot anglais "trust". On traduit souvent ce mot par celui de fidéicomis, qui, pris dans son sens étymologique, en donne une idée assez net: le "trust" est, en effet, un bien confié aux soins et à la bonne foi d'une personne, au profit et pour l'usage d'une autre".

Nessas rápidas pinceladas, podemos observar que a fidúcia representou sempre uma forma de garantia que implicava na transferência da coisa que o devedor faz ao credor. No direito romano, a retransferência da coisa dada em garantia, feita pelo credor ao devedor, uma vez paga a dívida, era uma obrigação pessoal. No direito germânico, no entanto, era diferente. A coisa era dada ao credor em garantia, sob condição resolutiva de pagamento da dívida. Cumprida a condição, a propriedade retornava imediatamente às mãos do devedor.

2 — GENERALIDADES

A alienação fiduciária em garantia foi introduzida no direito brasileiro pela lei 4.728, de 14 de julho de 1965 (Artigo 66), que veio disciplinar o mercado de capitais e estabelecer medidas para o seu desenvolvimento. Mais tarde, em virtude de defeitos e lacunas notadamente na parte processual, foi baixado o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, que alterou a redação do art. 66, da lei 4.728, de 14-7-65, estabelecendo normas de processo sobre alienação fiduciária e dando outras providências.

É interessante observar com FRANCISCO FERRARA (A simulação dos negócios jurídicos, págs. 76/77) que, na prática,

se recorre ao negócio fiduciário, ou para suprir uma deficiência do direito positivo que não oferece a forma correspondente a uma certa finalidade econômica, ou a oferece mas ligada a dificuldades e inconvenientes, ou então para obter quaisquer vantagens especiais que resultam dessa forma indireta de proceder. Conclui o antigo professor de Direito Civil da Universidade de Pisa que o negócio fiduciário serve para tornar possível a realização de fins que a ordem jurídica não satisfaz, para atenuar certas durezas que não se compadecem com as exigências dos tempos, para facilitar e acelerar o movimento da atividade comercial. Foi exatamente isso que sucedeu no Brasil. Com os inconvenientes e deficiências dos direitos reais de garantia, o legislador procurou criar uma nova forma de garantia que desse ao credor maiores possibilidades de resolver com rapidez e eficiência o seu crédito.

3 — CONCEITO

O Decreto-lei nº 911 oferece uma noção da alienação fiduciária em garantia, estabelecendo, no artigo 66, que esse negócio jurídico 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 todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

ORLANDO GOMES, (Alienação fiduciária em garantia — pág. 18) oferece uma definição em sentido lato que julgamos satisfatória. Ensina o professor baiano que 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.

A pessoa que aliena o bem móvel de sua propriedade para garantir uma dívida se denomina FIDUCIANTE. A que adquire e fica com a propriedade resolúvel do mesmo bem

até a satisfação de seu crédito se chama FIDUCIÁRIO. Como se vê, o elemento confiança aparece com destaque. O fiduciante ou devedor, ao transferir a propriedade do bem móvel confia, espera que voltará a ser proprietário do mesmo, desde que cumpra integralmente a obrigação contraída.

Deve ser salientado que nesse negócio jurídico duas relações aparecem: uma de ordem obrigacional, outra de ordem real. A obrigacional é a dívida contraída. A de ordem real é a transferência da propriedade do bem móvel do devedor ao credor, para fins de garantia, com a esperança de voltar a ser proprietário do mesmo, com o adimplemento da obrigação. A essa expectativa de retorno da propriedade do bem às mãos do devedor, denomina ORLANDO GOMES (Ob. cit. — pág. 21), com felicidade, de PRETENSÃO RESTITUTÓRIA, que consiste na faculdade, contratualmente assegurada, de exigir do proprietário fiduciário que lhe devolva o direito fiducialmente transferido, tanto que resolvido pelo implemento da condição. A respeito da natureza jurídica dessa pretensão restitutória, surgiu, no direito brasileiro, interessante controvérsia. PONTES DE MIRANDA entende que ela é pessoal. ORLANDO GOMES (Ob. cit. págs. 58/59), no entanto, abraça, a nosso ver, a verdadeira posição, ao declarar que o pensamento do notável jurisconsulto brasileiro não se coaduna com o mecanismo da propriedade resolúvel, ao qual se ajusta, em nosso direito, a alienação fiduciária em garantia. Com efeito, sendo o credor um proprietário resolúvel (art. 1º do Decreto-lei nº 911), não resta a menor dúvida que, resolvido o domínio pelo implemento da condição (no caso, o pagamento integral da dívida), o proprietário (no caso, o devedor fiduciante), em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha. Esse é o mecanismo da propriedade resolúvel, conforme se vê pela simples leitura do artigo 647 do Código Civil Brasileiro. Portanto, a opinião de ORLANDO GOMES, assinalando que a pretensão restitutória é uma “pretensão desenganadamente real” (Ob. cit. — pág. 59) é a que melhor se afina com a regulamentação legal brasileira da alienação fiduciária.

Importando na transferência do bem móvel para o fim precípua de garantir uma dívida feita pelo devedor, é claro que o fiduciante terá de ser proprietário do mesmo e ter capacidade para transmiti-lo. Mas a lei brasileira faz uma ressalva (art. 1º, § 2º do D. L. nº 911): se, na data do instrumento da alienação fiduciária, o devedor ainda não for proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior.

Sendo a propriedade do credor restrita e resolúvel, uma vez paga a dívida, a propriedade do bem móvel dado em garantia volta AUTOMATICAMENTE às mãos do devedor fiduciante, sem necessidade de qualquer intervenção judicial.

Apesar da transferência do bem para o fiduciário, o fiduciante continua na posse do mesmo, em decorrência do constituto possessório. Há, pois, uma modificação de sua posse. Ele que possuía o bem como proprietário (em seu próprio nome), passa a possuí-lo "em nome do adquirente" (como preceitua o art. 1º, § 2º do D. L. nº 911).

Como consequência da lei brasileira, o fiduciante passa a ter todos os encargos e responsabilidades de um depositário. O fiduciário, portanto, passa a assumir a condição de depositante, com todos os direitos provenientes dessa condição. Essa equiparação dá ao fiduciário uma maior segurança, visto que a ação de depósito — prevista nos artigos 336 a 370 do Código de Processo Civil — é uma das mais fortes e contundentes do direito brasileiro, podendo dela resultar até a prisão do depositário infiel (artigo 369 do CPC).

4 — OBJETO

Não há a menor dúvida de que somente os bens móveis poderão ser objeto da alienação fiduciária em garantia. O artigo 66 — caput — do D. L. nº 911 é claro, insofismável, falando em "COISA MÓVEL ALIENADA".

O bem móvel há de ser DURÁVEL, não podendo os chamados bens consumíveis (segundo a definição legal — artigo

51 do Código Civil — aqueles cujo uso importa destruição imediata da própria substância) serem objeto da alienação fiduciária. A explicação é óbvia: se o bem dado em garantia desaparece com o primeiro uso, inexistirá a garantia, tornando sem objeto o negócio celebrado.

Além do mais, exige-se a descrição do bem móvel da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação (art. 66, § 1º, letra “d” do D. L. nº 911. Assim, um automóvel, uma geladeira, um aparelho de televisão, por exemplo, podem ser objeto desse negócio jurídico, pois facilmente poderão ser identificados (nº de placa, marca e outros sinais característicos). Essa individualização da coisa dada em garantia é importante, pois sem ela o credor fiduciário ficaria sem condições de promover a apreensão dela, se porventura estivesse ela em mãos de terceiros. O artigo 66, § 3º do D. L. nº 911, no entanto, estabelece que se a coisa dada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor. Contra essa permissão, rebelou-se ORLANDO GOMES (Ob. cit., pág. 55), declarando, com razão, tratar-se de uma aberração que expõe terceiros ao risco de perder o bem adquirido, se o fiduciário provar que é seu proprietário.

5 — DIFERENÇAS DE OUTROS INSTITUTOS

O negócio fiduciário (do qual a alienação fiduciária é espécie) não se confunde com o negócio simulado. De fato, como ensina FRANCISCO FERRARA (ob. cit., pág. 76), os negócios fiduciários são sérios e efetivam-se entre as partes, com o fim de obter um efeito prático determinado. Os contratantes querem o negócio com todas as suas conseqüências jurídicas, ainda que se sirvam dele para uma finalidade econômica diversa. Assim, por exemplo, a transmissão da propriedade para fins de garantia, a cessão de crédito tendo em vista o mandato, o endosso total para fins de recebimento. Ao passo que para haver negócio simulado, preleciona o mestre

italiano (ob. cit., pág. 52), haverá necessidade do preenchimento de três requisitos: a) — uma declaração deliberadamente não conforme com a intenção; b) — concertada de acordo entre as partes e c) — para enganar terceiras pessoas. Como se pode notar, visível é a distância entre a alienação fiduciária e o negócio simulado.

A alienação fiduciária em garantia, apesar de fugidias semelhanças, não se confunde com a venda com reserva de domínio. Essa, segundo a definição precisa de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de Direito Civil, Volume III, pág. 151), se dá quando se estipula pacto adjeto ao contrato de compra e venda, em virtude do qual o vendedor reserva para si a propriedade da coisa alienada, até o momento em que se realize o pagamento integral do preço. Assim, na venda com reserva de domínio, o vendedor entrega o bem ao comprador, mas continua proprietário dele, até que a obrigação seja totalmente cumprida. Na alienação fiduciária em garantia, conforme já foi visto, a transferência da propriedade do bem móvel é feita pelo devedor ao credor, sendo essa, aliás, uma das características principais desse negócio jurídico. Paga a dívida integralmente, a propriedade do bem volta imediatamente às mãos do devedor fiduciante.

Analisemos, por fim, os pontos de contato e as diferenças existentes entre a alienação fiduciária em garantia e a venda com cláusula de retrovenda. O Código Civil, no artigo 1.140, dá-nos uma boa idéia dessa cláusula: o vendedor pode reservar-se o direito de recobrar, em certo prazo, o imóvel que vendeu, restituindo o preço mais as despesas feitas pelo comprador. O adquirente, durante o prazo convencionado, não terá uma propriedade plena e irrestrita. Será um proprietário resolúvel. Portanto, nesse aspecto, há uma semelhança entre as duas figuras jurídicas: o credor fiduciário e o adquirente são titulares de propriedade resolúvel. As diferenças, no entanto, são marcantes. O artigo 1.140, já citado, é claro ao estabelecer que a cláusula de retrovenda só diz respeito a bens *imóveis*, ao passo que a alienação fiduciária tem por objeto apenas coisas

móveis. Outras diferenças são bem notadas por ORLANDO GOMES (Ob. cit. — pág. 28) : o regresso do bem ao patrimônio do alienante, conquanto automático, depende, no resgate, de declaração de vontade. A condição é potestativa. Ademais — continua o professor baiano — a faculdade de reaver a coisa vendida tem de ser exercida no prazo improrrogável de 3 (três) anos, sob pena de caducidade. Na alienação fiduciária, não é necessária a declaração de vontade do fiduciante. Retoma a propriedade pelo simples fato do pagamento da dívida, contraída no contrato de financiamento. Não há prazo para o exercício do direito potestativo, imposto como limite além do qual a propriedade se consolida. Outros aspectos poderiam ser abordados para a completa separação dos dois institutos, mas os já apontados mostram claramente as diferenças existentes.

6. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A lei brasileira, a respeito do contrato de alienação fiduciária (art. 66 — § 1º do D.L. nº 911), faz uma série de exigências que precisam ser conhecidas.

Em primeiro lugar, deve ser salientado que, obrigatoriamente, deverá ser **ESCRITO**. Poderá ser celebrado por instrumento público ou particular. Em nenhuma hipótese, é exigida a pública forma, visto que o objeto da alienação fiduciária é sempre uma coisa móvel.

Para que o contrato tenha validade “*erga omnes*”, deverá haver o arquivamento, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor.

Além dessas exigências, o legislador brasileiro quer que além de outros dados, contenha o contrato os seguintes: a) o total da dívida ou sua estimativa; b) o local e a data do pagamento; c) a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis e d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.

7 — CAMPO DE APLICAÇÃO. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA. JURISPRUDÊNCIA. NOSSA OPINIÃO

Esse é o aspecto da alienação fiduciária que, a nosso ver, não tem merecido, salvo raríssimas exceções, a atenção merecida. Alguns autores, sem se preocuparem em fundamentar juridicamente os seus pontos de vista, adotam posições que, em nosso entendimento, não se coadunam com as melhores normas de interpretação. Vejamos, pois, um pequeno apanhado da doutrina brasileira sobre o assunto.

ALFREDO BUZARD (Ob. cit. — idem — pág. 19) defende a tese de que o legislador procurou criar um negócio jurídico que viesse racionalizar as sociedades de investimento. Limita, pois, o âmbito de aplicação da alienação fiduciária. Eis a sua opinião: a alienação fiduciária em garantia, criada pelo artigo 66 da lei 4.728, de 14 de julho de 1965, é um instituto que integra o sistema do mercado de capitais. O legislador o adotou para atender à política de crédito e ao emprego de capitais em títulos e valores mobiliários. Não cuidou, pois, de introduzir pura e simplesmente uma espécie de negócio jurídico, nem de utilizá-la para cômodo dos contratantes em meras relações de direito privado; procurou, ao contrário, racionalizar as sociedades de investimento. A sua criação — conclui o processualista de São Paulo — se prende a uma exigência do mercado financeiro, que mobilizou recursos de capital disponível e os aplica com larga segurança, a fim de melhorar vantajosamente as operações de crédito.

ARNOLDO WALD (Curso de Direito Civil — Obrigações e Contratos — pág. 258) também adota a mesma opinião. Depois de assinalar que o penhor mercantil e a venda com reserva de domínio se apresentam como garantias insuficientes, afirma que a introdução da alienação fiduciária se vinculou ao crédito direto ao consumidor. Mais adiante, limita a posição de adquirente fiduciário à instituição financeira.

ORLANDO GOMES (Ob. cit. — págs. 53/54) defende o mesmo ponto de vista. A financeira — ensina — figura, na relação jurídica, na condição de adquirente. A posição de fiduciário

é reservada, nesse negócio translativo, às sociedades de crédito e financiamento, autorizadas a funcionar pelas autoridades monetárias do país. Esse monopólio traduz-se juridicamente no pressuposto de legitimação. Ao se afirmar que somente as financeiras podem adquirir fiduciariamente bens em garantia — continua — não se declara que somente elas têm CAPACIDADE para realizar essa aquisição, mas se adianta que são as pessoas unicamente LEGITIMADAS a efetuá-la. A outras pessoas, físicas ou jurídicas, falta, em suma, legitimação ou legitimidade. Contudo, negócio fiduciário de outro tipo, sem as características do mercado de capitais, é perfeitamente admissível, arremata o professor baiano.

OSWALDO OPITZ e SÍLVIA OPITZ (Alienação fiduciária em garantia — pág. 143) abraçam também a posição limitativa, afirmando que a alienação fiduciária em garantia somente pode se realizar perante uma entidade financeira, privada ou estatal, conforme a lei.

EGON FELIX GOTTSCHALK (Apud EULER DA CUNHA PEIXOTO — Alienação fiduciária em garantia — in “Mensagem Econômica n° 194 — pág. 25) foi o primeiro a rechaçar a opinião até então unanimemente aceita pela doutrina brasileira. Estranhando a posição restritiva do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando o agravo de instrumento n° 176.242, argumenta que a restrição não decorre do texto legal e que a lei n° 4.728 não se limitava a regulamentar a atividade das instituições financeiras.

Outra posição discordante da tese limitativa é a de EULER DA CUNHA PEIXOTO (Ob. cit. — idem — pág. 25). Afirma que é regra básica de hermenêutica que as normas vedativas devem ser interpretadas restritivamente. Ora, se é verdade que a alienação fiduciária foi introduzida expressamente no sistema jurídico brasileiro, através de uma lei que regula o “Mercado de Capitais”, não é menos verdade que este estatuto legal possui normas estranhas a seu objetivo, como é o caso do desconto do imposto de renda na fonte. Acresce ainda que não há na referida lei qualquer dispositivo que limite a aplicação da aliena-

ção fiduciária às operações realizadas no mercado financeiro e de capital. Portanto, conclui, onde o legislador não restringiu, não é lícito ao intérprete inovar, mesmo porque se trata de instituto jurídico possível de ser aplicado nas diversas operações.

LUÍS ALBERTO DA SILVA (Revista Legislação Mineira nº 35 — págs. I a XI), num magnífico estudo abordando especificamente o âmbito de aplicação da alienação fiduciária em garantia, defende, com raro brilho, a tese de que a nova figura jurídica não é privativa das instituições financeiras, na qualidade de fiduciárias. Alguns de seus argumentos devem ser realçados. A lei brasileira se refere sistematicamente a “obrigação garantida” (§ 4º do artigo 66, com a nova redação dada pelo D. L. nº 911), a “obrigações contratuais garantidas” (artigo 2º do mesmo decreto-lei) e nunca se refere a financiamento ou expressão equivalente. Logo, em princípio, qualquer obrigação poderia ser garantida por alienação fiduciária. Outro aspecto abordado pelo mesmo autor é o relativo ao fato de se encontrar a alienação fiduciária no corpo da lei nº 4.728, que teria a finalidade de regulamentar o mercado de capitais. Mostra que o propósito da referida lei é mais amplo (conforme se pode ver do seu preâmbulo): disciplinar o mercado de capitais e estabelecer medidas para o seu desenvolvimento. Cita, para comprovar o alegado, vários artigos da lei 4.728 que cuidam mais de outras providências do que do mercado de capitais em si. Outro argumento da maior relevância é o de que sempre que a lei pretendeu a intervenção obrigatória de instituição financeira, fê-lo expressamente. Basta a leitura dos artigos 26, 27, 28 e 50 da lei nº 4.728. Já no artigo 66, que introduziu o novo direito real de garantia no sistema jurídico brasileiro, não há a menor referência à obrigatoriedade da presença de instituições financeiras. E é de ser lembrada a oportuna pergunta feita pelo mesmo autor (Ob. cit. — idem — pág. IX): “Por que, então, a alienação fiduciária em garantia, regulada em termos amplos, sem restrição de qualquer espécie, teria de ser limitada ao âmbito das instituições financeiras, em homenagem a uma equivocada finalidade da lei?”

Vistas as considerações da doutrina brasileira sobre o aspecto que estamos analisando, verifiquemos qual tem sido a orientação de nossos tribunais. Na pesquisa jurisprudencial por nós empreendida, encontramos dois únicos casos, todos eles limitando a aplicação da alienação fiduciária às instituições financeiras. O Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando o agravo de instrumento nº 176.242, teve oportunidade de seguir a linha daqueles que entendem ser a alienação fiduciária negócio privativo das sociedades financeiras devidamente registradas no Banco Central (Revista dos Tribunais — Volume 411/299). O Tribunal de Alçada Civil de São Paulo seguiu a mesma orientação, ao julgar o agravo de instrumento nº 151.726 (Revista dos Tribunais 421/227). Vejamos a hipótese julgada: W. de O. tirou, no consórcio promovido pelo Touring Club do Brasil, um automóvel “Volkswagen” em 1969, deixando de recolher as prestações devidas. O Touring Club, com fundamento no D. L. nº 911, requereu busca e apreensão contra o citado indivíduo. O Juiz de primeira instância não admitiu o procedimento, afirmando que o decreto-lei teve por objetivo resguardar o capital das entidades financeiras e não de sociedades particulares. Inconformado com a decisão, o autor agravou. O Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por votação unânime, manteve a solução dada pelo Juiz. Sob que fundamentos? O referido Tribunal se limita a declarar que a alienação fiduciária integra o mercado de capitais, transcrevendo as opiniões de ALFREDO BUZARD, ORLANDO GOMES, OSWALDO E SÍLVIA OPITZ. Não traz, em suma, argumentos jurídicos relevantes que demonstrem de maneira cabal e insofismável a tese defendida.

Depois de uma aprofundada análise do problema em questão, não temos a menor dúvida de que a posição correta, jurídica, é a de que a Lei nº 4.728 (e, posteriormente, o D. L. nº 911) não limitou a aplicação da alienação fiduciária às sociedades ou instituições financeiras. Os argumentos arrolados por EGON FELIX GOTTSCHALK, EULER DA CUNHA PEIXOTO e LUÍS ALBERTO DA SILVA são irrespondíveis. Gostaríamos de examinar mais detidamente um aspecto lembrado pelo último

autor. Toda vez que o legislador pretendeu a intervenção obrigatória de instituição financeira, fê-lo expressamente. De fato, o artigo 26 da lei nº 4.728, ao tratar das obrigações com cláusula de correção monetária, condiciona a emissão das debêntures a: I); II); III) subscrição por INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ESPECIALMENTE AUTORIZADAS PELO BANCO CENTRAL (grifo nosso), ou colocação no mercado de capitais com a intermediação dessas instituições. O artigo 27, ao tratar do saque, emissão ou aceitação de letras de câmbio ou notas promissórias pelas sociedades de fins econômicos, subordinou esses atos a: I); II); e III) — sejam destinados a colocação no mercado de capitais com o aceite ou coobrigação de INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS AUTORIZADAS PELO BANCO CENTRAL (grifo nosso). O artigo 28, cuidando dos depósitos com correção monetária, limitou-os a INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS QUE SATISFIZESSEM AS CONDIÇÕES GERAIS FIXADAS PELO BANCO CENTRAL (grifo nosso). Ora, ao tratar da alienação fiduciária em garantia, no artigo 66, o legislador não fez qualquer referência a instituições financeiras. Desse fato se depreende que a lei 4.728 introduziu o novo negócio jurídico da maneira mais ampla, sem limitar a sua aplicação.

Além do mais, a leitura atenta do artigo 66 e seus parágrafos (Lei 4.728) e do D. L. nº 911 mostra que o legislador fala constantemente em CREDOR e DEVEDOR, OBRIGAÇÃO GARANTIDA, OBRIGAÇÃO CONTRATUALMENTE GARANTIDA. Vê-se, por aí, que não há qualquer restrição ou limitação. E a regra de interpretação jurídica é bastante conhecida: UBI LEX NON DISTINGUIT NEC NOS DISTINGUERE DEBEMUS. Comentando esse brocardo, CARLOS MAXIMILIANO, na sua clássica obra "Hermenêutica e aplicação do Direito" (pág. 296), ensina: quando o texto dispõe de modo amplo (e é o caso da alienação fiduciária em garantia no Brasil), sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir

entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.

O argumento de que a alienação fiduciária foi introduzida num texto legal que veio disciplinar o mercado de capitais e estabelecer medidas para o seu desenvolvimento, não prova nada. Como bem salientou EULER DA CUNHA PEIXOTO (Ob. cit. — idem), a lei 4.728 contém uma seção inteira — A XI, artigos 53 a 59 — que trata de “tributação de rendimentos de títulos de crédito e ações”, assunto estranho ao mercado de capitais, uma vez que cuida do desconto do imposto de renda na fonte. Poderíamos acrescentar o artigo 77 da mesma lei que trata de aspecto tributário. Seria o caso de indagar: apesar de estarem na chamada vulgarmente “Lei de Mercado de Capitais”, não seriam normas tributárias? Como se sabe, é comum encontrarmos textos legais com disposições de ordem civil, penal, administrativa etc. Lembraríamos a lei 4.591 (de 16/12/64 — Condomínio e Incorporações) que traz no seu bojo normas penais e administrativas. Pergunta-se: deixam de ser penais e administrativas só por estarem numa lei civil?

Seria preciso que nossos juízes e tribunais examinassem com maior profundidade e argúcia o problema e dessem à alienação fiduciária em garantia um campo mais vasto de aplicação (já que não existe no texto legal limitação). Assim fazendo, o novo negócio jurídico poderia, em razão da segurança e eficácia indiscutíveis, substituir as formas de garantia tradicionais.

8. EXECUÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Com a entrada em vigor da lei 4.728, de 14 de julho de 1965, houve uma séria divergência jurisprudencial, causada pelas lacunas referentes à parte processual. Se todos aceitavam o uso da busca e apreensão, dúvidas apareciam quanto ao modo de prosseguir, após a decisão da medida preventiva. Alguns juízes entendiam que após a busca, o credor fiduciário

poderia fazer uma opção entre a venda judicial do bem e a ação reivindicatória. Outros achavam que a ação apropriada seria a de imissão na posse. Enfim, o que se verificou foi um verdadeiro caos jurisprudencial, com prejuízos consideráveis ao mercado de capitais. ARNOLDO WALD (Ob. cit. — idem — págs. 266/267) reclamava, com razão, uma solução legislativa para resolver o problema, uma vez que não haveria tempo para aguardar um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. E propunha, seguindo a orientação proposta por uma comissão de advogados organizada pela ADECIF para encontrar uma solução para o impasse, que se admitisse uma busca e apreensão que exauriria o procedimento judicial e cuja decisão encerraria o litígio, liberando o bem dado em garantia para que o mesmo fosse vendido amigável ou judicialmente pelo adquirente judiciário. Adaptar-se-ia, para tal, o rito da busca e apreensão para o caso específico da alienação fiduciária, dando-lhe maior celeridade e dispensando-se a avaliação do bem. O procedimento da busca e apreensão deixaria de ser preventivo para ser autônomo, independente. A solução apontada foi realmente a seguida. Os três ministros militares que exerciam a presidência da República, baixaram o D. L. nº 911 (1º de outubro de 1969), que veio acatar “in totum” a sugestão da comissão de advogados da ADECIF e de ARNOLDO WALD. Isto pode ser comprovado pela simples leitura do artigo 3º § 6º do referido decreto-lei: “A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior”.

Se o devedor fiduciante salda integralmente a sua dívida, a propriedade do bem móvel dado em garantia volta, automaticamente, às suas mãos, sem necessidade de qualquer intervenção judicial.

Mas se, pelo contrário, deixa de cumprir a obrigação, a lei confere ao credor fiduciário uma série de medidas e ações. É essa, diga-se de passagem, a grande vantagem fornecida pelo novo negócio jurídico. A total segurança que dá ao credor, colocando-lhe às mãos meios eficazes para a satisfação de seu crédito.

Vejam, em rápida análise, os meios que o D. L. nº 911 põe à disposição do credor. Em primeiro lugar, poderá o credor promover a venda extra-judicial do bem dado em garantia. Essa medida, logicamente, só terá lugar quando o devedor se prontifica a entregar o bem sobre o qual exerce posse direta. A lei 4.728 só falava em venda da coisa, não especificando se ela seria judicial ou extra-judicial. O D. L. nº 911 acabou com as dúvidas, estabelecendo, no artigo 2º, que a venda poderia ser feita “independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extra-judicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato”.

Outra medida que poderá ser utilizada pelo credor fiduciário é a BUSCA E APREENSÃO do bem (Artigo 3º e parágrafos do D. L. nº 911). Portanto, se o devedor se recusa a entregar o bem dado em garantia ou se este se encontra em poder de terceiros (e, desde que o contrato tenha sido registrado no Cartório de Títulos e Documentos), o credor poderá lançar mão da busca e apreensão. A petição inicial deverá ser instruída com certidão do Cartório de Títulos e Documentos ou o protesto, comprobatório da mora do devedor. A medida deverá ser concedida liminarmente. Citado o réu, terá 3 dias para apresentar a contestação, ou, se já tiver pago 40% da dívida, requerer a purgação da mora. A defesa não é ampla, sendo restrita a dois pontos: a) poderá alegar o pagamento do débito vencido ou b) o cumprimento das obrigações contratuais. Se a purgação da mora foi requerida, o Juiz marcará um prazo não superior a 10 (dez) dias para o pagamento. Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o Juiz proferirá a sentença em 5 (cinco) dias, após o decurso do prazo de defesa, independentemente da avaliação do bem. A sentença proferida não impede a venda extra-judicial do bem e consolidará a propriedade e a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário. Dessa sentença, cabe agravo de instrumento.

Outra ação que o credor pode usar é a de DEPÓSITO. Saliente-se que, na verdade, o devedor fiduciante não é um depositário. A lei o equipara a este para impor-lhe os encargos

e responsabilidades oriundos dessa situação. É, pois, medida a ser tomada quando o bem se encontra em mãos de terceiros, dificultando, conseqüentemente, a satisfação do crédito do fiduciário. O procedimento dessa ação se encontra no Código de Processo Civil — artigos 366 a 370. É uma das mais violentas ações do direito brasileiro, pois poderá redundar, como veremos, na prisão do devedor fiduciante. O autor, na petição inicial, pedirá a citação do réu para entregar o bem no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de prisão. Se o devedor entrega o bem, deverá o credor, após a sentença, vendê-lo judicial ou extra-judicialmente, devolvendo a diferença, se houver. Se o réu, nas 48 horas, não entregar ou não consignar o objeto ou seu equivalente em dinheiro, o Juiz expedirá mandado de prisão contra o depositário infiel (no caso, o devedor fiduciante), se o autor o requerer. Contestado o pedido, a ação segue o rito ordinário.

Finalmente, o D. L. n° 911 concede ao credor fiduciário a AÇÃO EXECUTIVA (Artigo 5°). Nesse caso, serão penhorados bens do devedor suficientes para assegurar a execução. O Código de Processo Civil regula o procedimento desta ação a partir do artigo 298. Deve ser salientado que o § único do artigo 5° estabelece que não se aplicará à alienação fiduciária o disposto nos n°s IX, XI e XIII do artigo 942 do Código de Processo Civil, isto é, os livros, máquinas, utensílios necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; os materiais necessários para obras em andamento e, separadamente, os móveis, o material fixo e rodante das estradas-de-ferro, e os edifícios, maquinismos, animais e acessórios de estabelecimentos de indústria extrativa, fabril, agrícola e outras indispensáveis ao seu funcionamento poderão ser penhorados, o que não acontece nos casos normais.

Em qualquer hipótese, se o preço da venda da coisa feita pelo credor fiduciário não bastar para o pagamento do crédito e despesas, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado. Em caso contrário, se o preço conseguido for maior do que a dívida, o credor fiduciário deverá devolver ao devedor fiduciante.

É certo que também as ações possessórias poderiam ser invocadas pelo credor fiduciário. Isso porque, conforme já foi observado em outra parte deste trabalho, há um desdobramento da relação possessória: o devedor fiduciante passa a ser possuidor direto da coisa, ao passo que o credor fiduciário toma a posição de possuidor indireto. Portanto, parece-nos claro o cabimento dos interditos possessórios. Mas, do ponto de vista prático, reconhecemos que elas são desnecessárias, pois o legislador colocou à disposição do credor medidas eficazes e vigorosas para a satisfação de seu crédito.

Um outro ponto digno de nota é que, tal como se dá nos outros direitos reais de garantia (artigo 765 do Código Civil Brasileiro), o pacto comissório é expressamente vedado: O § 6º do artigo 1º do D. L. nº 911 é taxativo: é nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga em seu vencimento. ORLANDO GOMES (Ob. cit. — pág. 112) combate essa orientação do legislador pátrio, assinalando que a proibição, no penhor e na hipoteca, sob o aspecto técnico, tem inteira procedência, porque o direito do credor pignoratício, ou hipotecário, se exerce sobre coisa pertencente ao devedor, ou a terceiro. Na alienação fiduciária, o pacto comissório, ao ser executado, não implicaria transferência de propriedade, pois o credor já é dono da coisa, limitando-se o efeito do pacto a converter em propriedade definitiva uma propriedade sob condição resolutiva. PONTES DE MIRANDA (Apud ORLANDO GOMES — ob. cit. — pág. 88) defende a mesma tese: “Quem é outorgado em pacto de transmissão em segurança não poderia ficar subordinado à “ratio legis” do artigo 765 do Código Civil porque já é adquirente; não se poderia negar tornar-se aquilo que já é; pode-se vedar o vir a ser, não o ser; aplicar-se o artigo 765 ao outorgado em pacto de transmissão de segurança seria negar-se a alguém poder continuar a ser o que já é”. Do ponto de vista técnico-jurídico, não vacilamos em acompanhar o ensinamento dos dois consagrados juristas brasileiros. Verificamos, no entanto, que o legislador procurou defender os interesses do devedor, que via de regra, é a parte mais fraca no negócio.

BIBLIOGRAFIA

- BUZUID, ALFREDO — Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia — in Revista dos Tribunais — Volume 401 — março de 1969.
- CHAMOUN, EBERT — Instituições de Direito Romano — Forense — 3ª Edição (revista e aumentada) — Rio de Janeiro — 1957.
- CUNHA PEIXOTO, EULER DA — Alienação fiduciária em garantia — in “Mensagem Econômica” — Volume 194 — abril de 1970.
- FERRARA, FRANCISCO — A Simulação nos negócios jurídicos — Tradução do Dr. A. Bossa — Saraiva — São Paulo — 1939.
- GOMES, ORLANDO — Alienação fiduciária em garantia — Editôra Revista dos Tribunais — 1ª Edição — maio de 1970.
- LEHR, ERNEST — Éléments de Droit Civil Anglais — Tome premier — Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal de Palais — Paris — 1906.
- MAXIMILIANO, CARLOS — Hermenêutica e aplicação do direito — Livraria Editôra Freitas Bastos — 1941.
- OPITZ, OSWALDO e OPITZ, SÍLVIA — Alienação fiduciária em garantia — Editôra Borsoi — Rio de Janeiro — 1970.
- SILVA, LUÍS ALBERTO DA — Âmbito de aplicação da alienação fiduciária em garantia — in Revista Legislação Mineira nº 35 — outubro de 1970.
- SILVA PEREIRA, CAIO MARIO DA — Instituições de Direito Civil — Volume III — 1963.
- WALD, ARNOLDO — Curso de Direito Civil Brasileiro — Obrigações e Contratos — Sugestões Literárias S/A — 2ª Edição — 1969.
- WALD, ARNOLDO — Da alienação fiduciária em garantia — in Revista dos Tribunais — Volume 400 — fevereiro de 1969.
- Revista dos Tribunais — Volume 421 — novembro de 1970.
- Acórdão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.
- Revista dos Tribunais — Volume 400 — Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.