



NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

- Alienação Fiduciária
- Cessão Fiduciária
- Securitização

3ª Edição
Ampliada e Atualizada

Melhim Namem Chalhub



RENOVAR

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Melhim Namem Chalhub

*Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros.
Advogado no Rio de Janeiro*

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Alienação fiduciária
Cessão fiduciária
Securitização
Decreto-lei nº 911, de 1969
Lei nº 8.668, de 1993
Lei nº 9.514, de 1997
Lei nº 10.931/2004

3ª edição
Atualizada e ampliada

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo • Recife
2006

Todos os direitos reservados à

LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.

MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ

CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135

FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1962

FILIAL SP: Tel.: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359

FILIAL PE: Tel.: (81) 3223-4988 - Fax: (81) 3223-1176

LIVRARIA CENTRO (RJ): Tels.: (21) 2531-1316 / 2531-1338 - Fax: (21) 2531-1873

LIVRARIA IPANEMA (RJ): Tel: (21) 2287-4080 - Fax: (21) 2287-4888

www.editorarenovar.com.br

renovar@editorarenovar.com.br

SAC: 0800-221863

© 2006 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Süsskind — Presidente

Carlos Alberto Menezes Direito

Caio Tácito (*in memoriam*)

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)

Ricardo Pereira Lira

Ricardo Lobo Torres

Vicente de Paulo Barretto

Revisão Tipográfica: do autor

Capa: Sheila Neves

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

Nº 2525

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C436n Chalhub, Melhim Namem, 1944-
Negócio fiduciário / Melhim Namem Challub. — 3. ed. rev. e atual.
— Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
514p. ; 21cm.

ISBN 85-7147-558-X

Inclui bibliografia;

1. Negócio fiduciário — Brasil. 2. Transmissão (Direito — Brasil) I.
Título.

CDD-346.81059

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Agradecimentos

Aos Professores
Caio Mário da Silva Pereira,
Luiz Roldão de Freitas Gomes e
Diogo Leite Campos
pela segura orientação e pelos valiosos
subsídios para a realização deste trabalho.

Às estagiárias
Daniella do Lago Luiz e
Karina Afonso Rocha,
pela especial dedicação
nos trabalhos de pesquisa.

Dedicatória

À memória dos meus pais,
imigrantes libaneses,
pelas lições de bravura,
realização e simplicidade.

Aos meus filhos, Gustavo e Talita,
fonte de inspiração,
alegria e esperança,
a confiança na
construção de um mundo novo.

Apresentação

Honrou-me, sobretudo, o convite para elaborar introdução à obra com que o autor, renomado advogado e arguto jurista, conquistou, com grau dez, o título de Especialista em Direito Privado, após sua defesa, perante Banca integrada por três Professores, de que participei, no Curso de Pós-Graduação, *lato sensu*, na Universidade Federal Fluminense.

Dedicado, com mais afinco, ao ramo do Direito Imobiliário, no qual edificou respeitada Banca e já produziu profícuos trabalhos, neste, em particular, voltou-se o autor a estudo, aprofundado, de tema que tem empolgado grandes Juristas, com o desafio de examinar, à luz do sistema jurídico brasileiro, instituto cujas origens remontam à fidúcia, do antigo Direito Romano, ao penhor da propriedade, no primitivo Direito germânico, e ao *trust* do Direito anglo-saxão.

Conquanto se haja escrito, entre nós, com muita erudição, a respeito da alienação fiduciária em garantia de bens móveis, até então contemplada na Lei nº 4.728/64 e no Decreto-lei nº 911/69, menos se voltou, entretanto, para as primícias do instituto, para examinar-se sua compatibilidade com o sistema jurídico pátrio.

O autor aceitou o repto e, mostrando que a exclusiva fidúcia romana não era suficiente para justificar o negócio fiduciário, no qual, mediante pacto de ordem pessoal, se desviam os efeitos da transmissão do domínio seu desenvolvimento no Direito ger-

mânico, para concluir que, em prosseguimento a este, o *trust* do Direito inglês, igualmente de raízes medievais, mais de perto explica a estrutura e o mecanismo do negócio fiduciário.

É a concepção dicotômica da propriedade neste último Direito fruto de sua evolução, que enseja se transfira a alguém do domínio apenas de garantia, remanescendo com o transmissente a propriedade de fruição.

Preocupou-se o autor sobretudo com o aproveitamento dos traços daqueles instituto jurídico em nosso Direito, ao acabar de ser editada Lei que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis como forma de, à semelhança do que já vem sucedendo na Europa, se tenha garantia mais eficaz para o credor, na recuperação do crédito, se houver inadimplência. Visa aquele diploma legal, que contou com a influente colaboração do autor, oferecer opção ao quebrantado Sistema Financeiro de Habitação, que não se revela mais apto a atender aos reclamos do financiamento da casa própria no Brasil.

Chegou o monografista à conclusão de que, no Direito brasileiro, a figura maior do negócio fiduciário, sob qual se incluem a alienação fiduciária em garantia, a cessão fiduciária de créditos e outros negócios jurídicos da espécie, pode ter sua justificativa na existência de patrimônio separados, de afetação, já admitidos nos Direitos modernos. Deste modo, imune à sua insolvência, o domínio fiduciário das coisas integraria patrimônio em separado do fiduciário, como nas Companhias de securitização, incumbidas de emitir títulos negociáveis, tendo como lastro aqueles bens.

É original a sustentação do autor, o que recomenda a leitura de sua obra como das mais sérias e fundamentadas escritas sobre o tema.

Agradecendo ao Dr. Melhim Chalhoub a honra de haver redigido esta introdução, cumprimento-o pelo esforço e inteligente resultado.

Luiz Roldão de Freitas Gomes

Prefácio

Foi com muito prazer que recebi o convite para fazer o prefácio do trabalho do Dr. Melhim Namem Chalhub, que conheço há vários anos, sempre um advogado estudioso e combativo, especialmente dedicado às coisas do direito bancário e imobiliário, tendo participado ativamente da elaboração e da discussão do projeto que se transformou na Lei nº 9.514/97.

Num momento em que o país atravessava uma fase de transição rumo à modernidade institucional e jurídica, com as significativas reformas que estão preparando o Brasil para o próximo milênio e a nova realidade da globalização, a obra do Dr. Chalhub, intitulada *Negócio Fiduciário*, não poderia ser mais apropriada e contemporânea. Representa, sem dúvida alguma, uma valiosa colaboração à tentativa de recuperação dos investimentos produtivos que a sociedade tanto exige e, conseqüentemente, à redução do chamado "custo Brasil", que se impõe para que o país possa progredir adequadamente.

A alienação fiduciária já existe, em nosso país, há mais de trinta anos e tive o ensejo de participar, como relator na Comissão então criada pela ADECIF, da elaboração do diploma que deu nova vida à técnica jurídica criada pela Lei nº 4.728, modificando a redação do seu art. 66. Posteriormente, a pedido do então presidente do Banco Central, Ministro Ernane Galveas, colaborei com o Consultor Jurídico daquela casa, Dr.

Jacuna de Souza, na revisão do texto que viria a constituir o Decreto-lei nº 911, de 1/10/1969. Assim sendo, acompanho a matéria, quase desde o seu nascedouro, como se verifica pelo artigo que a respeito publiquei, em fevereiro de 1969, na *Revista dos Tribunais* (vol. 400, p. 25 e segs.).

No que se refere à introdução da alienação fiduciária no campo imobiliário, também é tese que defendo, desde 1971, quando apresentei trabalho a respeito dos novos instrumentos para o direito imobiliário: fundos, *leasing* e alienação fiduciária (*Revista dos Tribunais*, outubro de 1971, vol. 432, p. 249).

Essa longa convivência com o instituto e o seu desenvolvimento ensejam o convite que me foi feito para prefaciar este livro, que aborda novos aspectos dos negócios fiduciários em nosso país.

A alienação fiduciária já ensejou uma ampla bibliografia na qual se destacam a obra magistral do Professor e Ministro José Carlos Moreira Alves e o trabalho clássico do Juiz e Professor Paulo Restiffe Neto, sem falar na excelente tese do Professor Sousa Lima, que é anterior à legislação brasileira na matéria.

Trata-se, pois, de instituto amplamente discutido pela doutrina e que tem a maior relevância econômica e peculiaridades jurídicas que ensejam divergências na jurisprudências, já hoje pacificada.

Mas, no tocante à alienação fiduciária no campo imobiliário, a obra do Dr. Chalhoub é realmente pioneira, constituindo talvez o primeiro ensaio sério a respeito da nova legislação que renovou o sistema financeiro imobiliário.

A parte final do livro trata detalhadamente da Lei nº 9.514, de 20 de dezembro de 1997, que ampliou as hipóteses de alienação fiduciária de bens imóveis (já permitida para a constituição dos Fundos Imobiliários da Lei nº 8.668/93) e preparou o campo legal para a difusão da securitização nas operações de crédito imobiliário. A inovação legislativa foi das mais importantes, nos últimos anos, pois dotou o mercado de instrumentos jurídicos modernos e seguros, de sucesso com-

provado no exterior, e que permitirão, ao longo dos próximos anos, a retomada dos investimentos no setor, uma legítima aspiração tanto dos investidores como dos consumidores.

Trata-se aliás de um diploma legal no qual foi louvável a iniciativa dos meios financeiros liderados pelo presidente da ABECIP, Dr. Anésio Abdala, e pela sua equipe, que contou com o apoio do Poder Executivo e, após ampla discussão, com apresentação de numerosas e construtivas emendas pelo Congresso Nacional, transformou-se em verdadeiro catalizador do que denominamos "o direito do desenvolvimento" (*Revista dos Tribunais*, vol. 383, p. 7). Foi, pois, uma obra de parceira entre a iniciativa privada, o Executivo e o Legislativo, que há de contar com a interpretação atenta e oportuna do Poder Judiciário, revelando novo aspecto do direito bancário.

Mas o livro do Dr. Chalhoub não se limita ao comentário da Lei nº 9.514/97. O estudo é rico em matéria de história do direito e de direito comparado. Antes de abordar o estágio atual da legislação brasileira, em matéria de negócios de cunho fiduciário, expõe os dados históricos referentes à figura da fidúcia no direito romano, do penhor do antigo direito germânico e dos institutos afins da *Common Law*, em especial o *mortgage* e o *trust*, cuja introdução no direito brasileiro defendemos há longos anos.

Aliás, é antiga a tentativa dos juristas de origem romano-germânica no sentido de adaptarem aos seus sistemas jurídicos o *trust*, tão defendido no direito anglo-americano e de aplicações tão úteis quanto diversas. Os negócios fiduciários inominados, baseados na antiga fidúcia romana, embora empregados correntemente com finalidades assemelhadas às do *trust*, tradicionalmente apresentaram problemas, por não dotarem os contratantes de suficiente segurança jurídica para a obtenção dos resultados perseguidos.

É a partir deste pano de fundo que a obra prossegue, analisando diversas figuras de negócios fiduciários nominados, criados por diplomas normativos específicos e com finalidades determinadas.

Deve, ainda, ser ressaltado o estudo detido do patrimônio de afetação, no resto da América Latina e no Brasil, e da propriedade fiduciária, em especial no direito mexicano e na experiência legislativa recente da Argentina (Lei nº 24.441, de 1995).

Não faltam as referências doutrinárias e jurisprudenciais do direito pátrio, com a análise das leis vigentes e até mesmo de projetos que não vingaram, como o Contrato de Fidúcia que constou do Anteprojeto do Código de Obrigações, de 1965. Também aborda o Projeto do Código Civil em tramitação no Congresso Nacional, tema da maior atualidade.

O negócio fiduciário é figura que atrai a atenção dos juristas há muito tempo, por tudo que pode representar de utilidade no direito civil e comercial, mas também pelos problemas que a sua frequente incompreensão pode acarretar. São poucos os autores, porém, que se atrevem a ingressar neste tema, que é tão interessante quanto difícil.

O Dr. Chalhoub apresenta um trabalho profundo, mas de fácil entendimento e leitura. Trata-se de obra, portanto, que merece toda a atenção do leitor.

São Paulo, 11 de maio de 1998.

Arnoldo Wald

*Professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ.*

Nota sobre a 3ª edição

Há, hoje, no direito positivo brasileiro, quinze espécies de negócios jurídicos de natureza fiduciária, seis das quais foram instituídas após a edição anterior do nosso *Negócio Fiduciário*, publicada em 2000. Além das leis novas, a legislação então existente sofreu alterações.

Nesta terceira edição consideramos essas alterações legislativas, entre as quais se destacam o novo Código Civil, de 2002, e a Lei de recuperação de empresa e de falência (Lei nº 11.101, de 8 de fevereiro de 2005).

Além desses importantes diplomas legais, foram instituídas novas figuras de alienação e cessão fiduciárias, inclusive para fins de garantia locatícia, bem como novas normas aplicáveis aos contratos de alienação fiduciária, em geral, e, ainda, uma completa reformulação do procedimento de busca e apreensão regulamentado pelo Decreto-lei nº 911/69 (Leis nºs 10.931, de 2 de agosto de 2004, 10.076, de 30 de dezembro de 2004, e 11.196, de 21 de novembro de 2005).

A par da apreciação dessas normas, trazemos novas considerações de natureza doutrinária e a jurisprudência mais recente que, a nosso ver, é relevante para melhor visualização das figuras de natureza fiduciária no contexto do sistema, sobretudo à luz da interpretação constitucional.

Acrescentamos, também, breves notas de direito comparado a propósito da nova legislação portuguesa, espanhola e italiana em matéria de segregação patrimonial, bem como sobre proposição de regulamentação da fidúcia no Código Civil francês, apresentada no Senado daquele país em 2005.

Visando facilitar a consulta, acrescentamos um *índice alfabético-remissivo*.

Niterói, março de 2006.

Sumário

Introdução	1
------------------	---

Capítulo I – Fontes

1.1. Fidúcia – Conceito e caracterização geral	11
1.2. A fidúcia no direito romano	12
1.3. O penhor da propriedade no direito germânico	17
1.4. A fidúcia no direito inglês	19
1.4.1. O <i>mortgage</i> no antigo direito inglês	19
1.4.2. O <i>trust</i>	21
1.4.2.1. Origem	21
1.4.2.2. Evolução histórica	23
1.4.2.3. Concepção moderna	24
1.4.2.4. Conclusão	32
1.4.2.5. Tentativas de adaptação do <i>trust</i> a sistemas de tradição romana	34

Capítulo II - Negócio Fiduciário

2.1. Nota Preliminar	37
2.2. Introdução	38
2.3. Origem e tentativas de conceituação	41
2.4. Traços característicos	47
2.5. Estrutura do negócio fiduciário	48
2.6. Negócio fiduciário e negócio simulado	52
2.7. Responsabilidade do fiduciário	54

2.8. Validade e eficácia dos negócios fiduciários	54
2.8.1. Efeitos do negócio fiduciário nas hipóteses de insolvência	55
2.9. Modalidades de negócio de natureza fiduciária	60
2.9.1. Venda com escopo de garantia	60
2.9.2. Cessão fiduciária de crédito	62
2.9.3. Negócio fiduciário para administração	62
2.9.3.1. Negócio fiduciário para recomposição de patrimônio	63
2.9.3.2. Cessão fiduciária para fins societários	63
2.10. Extinção do negócio fiduciário	65
2.11. O negócio fiduciário na jurisprudência brasileira	65

Capítulo III – Fidúcia Legal

3.1. Introdução	69
3.2. Necessidade de adaptação do negócio fiduciário em face da economia moderna	71
3.3. Negócios fiduciários próprios e impróprios	76
3.4. Características da fidúcia regulada em lei	79
3.5. Patrimônio de afetação	80
3.5.1. Conceito e característica	82
3.5.2. O patrimônio de afetação na América espanhola	94
3.5.3. O patrimônio separado no direito italiano	100
3.5.4. A segregação patrimonial no direito francês	102
3.5.5. O patrimônio separado no direito espanhol	105
3.5.6. O patrimônio autônomo no direito português	105
3.5.7. O patrimônio de afetação no direito brasileiro	108
3.6. Propriedade fiduciária – conceito, natureza e características	114
3.6.1. A propriedade fiduciária no Código Civil Brasileiro	130
3.6.2. A propriedade fiduciária no direito mexicano e argentino	133
3.7. O fideicomisso no direito hispano-americano – características e modalidades	135
3.7.1. A legislação hispano-americana sobre fideicomisso – os casos do México, da Colômbia e da Argentina ...	138
3.7.1.1. A legislação mexicana	138
3.7.1.2. A legislação colombiana	140
3.7.1.3. A legislação argentina	142

Capítulo IV – Principais Figuras de Natureza Fiduciária no Direito Positivo Brasileiro

Introdução	153
4.1. Alienação fiduciária e o negócio fiduciário	154
4.2. As principais figuras de natureza fiduciária do direito positivo brasileiro	154
4.2.1. Caracterização geral	158
4.2.2. Natureza jurídica dos direitos do devedor-fiduciante e do credor-fiduciário	163
4.2.2.1. Natureza jurídica do direito do credor-fiduciário	164
4.2.2.2. Natureza jurídica do direito do devedor-fiduciante	167
4.2.2.3. Penhora dos direitos do fiduciário e do fiduciante	176
4.2.3. Insolvência	178
4.2.4. Caracterização das principais modalidades de contrato	179
4.3. Alienação fiduciária de bens móveis	180
Introdução	181
4.3.1. Alienação fiduciária e figuras afins	182
4.3.2. Conceito e caracterização	183
4.3.3. Elementos	187
4.3.4. Sujeitos do contrato	189
4.3.5. Elementos e requisitos do contrato	189
4.3.5.1. Capacidade	191
4.3.5.2. Legitimidade	192
4.3.5.3. Objeto	194
4.3.5.4. Forma do contrato de alienação fiduciária ..	198
4.3.6. Direitos e obrigações das partes contratantes	199
4.3.7. Pagamento	137
4.3.7.1. Reversão da propriedade	203
4.3.8. Mora e inadimplemento	203
4.3.9. Purgação da mora	204
4.3.10. Hipóteses de vencimento antecipado da dívida ..	212
4.3.11. Venda do bem objeto de propriedade fiduciária	213
4.3.12. Ações decorrentes da alienação fiduciária em garantia	217

4.3.12.1. Ação de busca e apreensão	221
4.3.12.1.1. Contagem do prazo para purgação da mora e para resposta	223
4.3.12.1.2. Resposta do devedor	226
4.3.12.1.3. A sentença	227
4.3.12.1.4. Perdas e danos	231
4.3.12.2. Ação de depósito	232
4.3.12.2.1. Prisão do devedor fiduciante – depositário infiel	235
4.3.12.3. Ação de execução	240
4.3.12.4. Ação monitória	241
4.3.12.5. Ação possessória	242
4.3.13. Concordata, falência e recuperação de empresa	242
4.3.14. Causas da extinção da propriedade fiduciária	247
4.4. Alienação fiduciária de bens imóveis	247
Introdução	247
4.4.1. Propriedade fiduciária e hipoteca	250
4.4.2. Conceito e caracterização	252
4.4.3. Elementos	254
4.4.3.1. Sujeitos	254
4.4.3.2. Objeto	258
4.4.3.3. Forma	259
4.4.4. Condições essenciais de operação	263
4.4.5. Posição jurídica do fiduciante e do fiduciário	268
4.4.6. Cessão da posição contratual	270
4.4.6.1. Cessão da posição do fiduciário	270
4.4.6.2. Cessão da posição do fiduciante	272
4.4.7. Pagamento	274
4.4.7.1. Reversão da propriedade	275
4.4.8. Mora e inadimplemento	276
4.4.8.1. Vencimento antecipado da dívida	280
4.4.8.2. Ação de execução por título extrajudicial	282
4.4.9. Consolidação da propriedade no fiduciário	283
4.4.9.1. Imposto de transmissão <i>inter vivos</i> e laudêmio	290
4.4.10. Leilão	291
4.4.11. Ações decorrentes da alienação fiduciária de bens imóveis	296

4.4.11.1. Ação de reintegração de posse pelo fiduciário	297
4.4.11.2. Ação de despejo	304
4.4.11.3. Ações possessórias deferidas ao fiduciante	307
4.4.11.4. Ação de cumprimento de obrigação de fazer	309
4.4.12. Atos do Registro de Imóveis	312
4.4.13. Insolvência	322
4.4.14. A garantia fiduciária à luz dos princípios do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor – CDC	325
4.4.14.1. Os princípios fundamentais da defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 4º e 5º)	325
4.4.14.2. O CDC em face de leis especiais novas ..	326
4.4.14.3. O enunciado do art. 53 do CDC e os procedimentos de realização da garantia contidos no art. 27 da Lei 9.514/97	332
4.4.14.4. O tratamento legal conferido à garantia fiduciária e o conferido às demais garantias da mesma natureza à luz do princípio da isonomia	335
4.4.14.5. O conteúdo resolúvel da propriedade fiduciária (Código Civil, arts. 1.359 e 1.360, e Lei nº 9.514/97, arts. 22 e seguintes)	341
4.4.14.6. Principais situações contempladas pelo art. 53 do CDC (promessa de compra e venda, “consórcio” e mútuo com garantia fiduciária)	342
4.4.14.7. O conteúdo e a estrutura do contrato de mútuo (Código Civil, arts. 1.256 e seguintes)	347
4.4.15. Os procedimentos de cobrança e de leilão em face do princípio do devido processo legal	349
4.4.15.1. Os procedimentos de reversão e consolidação da propriedade. Nota preliminar	353

4.4.15.2. Os procedimentos de comprovação da mora, consolidação da propriedade e realização da garantia em face do princípio do devido processo legal	354
4.4.15.3. Outros procedimentos de leilão extra-judicial	371
4.4.15.3.1. Os procedimentos de cobrança e leilão regulados pelo Decreto-lei 70, de 1966	380
4.4.15.3.2. Os procedimentos de cobrança e leilão da Lei 4.591, de 1964.....	380
4.4.16. Constitucionalidade dos meios extrajudiciais de realização de garantias	381
4.5. Cessão fiduciária de direitos creditórios	386
4.5.1. Lei nº 4.864, de 1965 – Aplicação restrita	386
4.5.2. Lei nº 9.514, de 1997 – Ampliação do campo de aplicação	387
4.5.3. Art. 66B da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo art. 56 da Lei nº 10.931 – Cessão fiduciária de direitos sobre bens móveis e títulos de crédito ...	387
4.5.4. Art. 88 da Lei nº 11.196, de 2005 – Cessão fiduciária de cotas de fundos de investimento para garantia de locação	389
4.5.5. Conceito e abrangência.....	391
4.5.6. Titularidade fiduciária.....	392
4.5.7. Sujeitos do contrato.....	393
4.5.8. Abrangência dos direitos do cessionário fiduciário ...	395
4.5.9. Efeitos quanto à falência do cedente-fiduciante ...	395
4.6. Fundos de investimento.....	398
4.6.1. Fundos para aplicação em títulos e valores mobiliários	398
4.6.2. Fundos de investimento imobiliário	399
4.7. Titularidade fiduciária sobre direitos creditórios no mercado secundário de crédito imobiliário	401
Introdução	401
4.7.1. Certificado de Recebíveis Imobiliários – CRI	402
4.7.2. Securitização – Mercado Secundário de Créditos Imobiliários	403

4.7.3. A securitização na legislação brasileira	407
4.7.4. Registro dos títulos em sistema centralizado de custódia	408
4.7.5. Titularidade fiduciária sobre direitos creditórios na securitização	408
4.7.6. Agente fiduciário.....	410
4.7.7. Averbação da titularidade fiduciária no Registro de Imóveis	410
Apêndice.....	413
Bibliografia.....	479
Índice alfabético-remissivo.....	485

Introdução

I

Os meios de circulação de riquezas, quer os mais expressivos capitais destinados a grandes investimentos, quer a mais simples operação do pequeno comércio, vêm se modificando aceleradamente, impulsionando transformações sociais ou fornecendo as condições para que se implementem essas transformações.

Savatier refere-se à *aceleração da história*, aquela *mudança da marcha do tempo* que se faz sentir em todos os setores da vida humana e se reflete de maneira especial na atividade econômica e na sua disciplina jurídica; registra, a propósito, a substancial transformação do conceito de empresa, originalmente regulada no Código Civil como um contrato de locação de serviços e que passou a ser vista como uma *unidade econômica* destinada a reunir e coordenar fatores de produção, constituindo a base econômica de toda uma série de contratos e propiciando a expansão do capitalismo¹.

A organização dessa nova unidade econômica só se tornou possível sob a forma jurídica da sociedade por ações, que

1 *Metamorphoses du Droit Civil d'aujourd'hui* apud RIPERT, George, *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 59.

George Ripert situa no contexto das mais significativas transformações do direito de propriedade, observando, a propósito, que o direito passa da posse ao crédito e muda, sem dizê-lo, o sentido da palavra propriedade².

De fato, é incessante o processo de transformação pelo qual passa a noção de propriedade, marcadamente a partir da segunda revolução industrial, com o desenvolvimento do capitalismo financeiro e a separação entre a propriedade e a direção da empresa; essa transformação é reclamada cada vez mais freqüentemente, na medida em que se torna necessário atender às novas demandas da sociedade moderna, gerando, nesse processo, as mais variadas modalidades de contratos e de títulos representativos de bens e valores.

II

É no mercado de capitais e no mercado financeiro que se faz sentir com maior freqüência a necessidade de incessante adaptação do direito de propriedade, dada a crescente necessidade de simplificação e aceleração na circulação de riquezas.

Com efeito, a intensificação e a crescente complexidade da atividade econômica estão sempre a exigir o aperfeiçoamento de institutos e mecanismos jurídicos existentes e a criação de novos instrumentos de dinamização dos negócios.

No Brasil, particularmente, no início da década de 60, iniciou-se um processo de modernização do mercado de capitais e do mercado financeiro, em cujos contextos foram criados novos instrumentos que revolucionaram nossa realidade, abrindo novas perspectivas na economia e imprimindo um ritmo acelerado na industrialização.

Mais recentemente, no contexto das profundas transformações pelas quais passa a sociedade, a conjuntura econômica

2 RIPERT, George, ob. cit., p. 141.

vem ganhando novos contornos, com alterações substanciais nos mecanismos de financiamento e na circulação de capitais.

É o caso do desenvolvimento de um novo mercado de crédito, fora do circuito do mercado financeiro, por meio de processo denominado *desintermediação financeira*, pelo qual empresas não financeiras transformam seus direitos creditórios em valores mobiliários para captação de recursos no mercado de capitais, num processo que se convencionou denominar *securitização*.

O mecanismo deixa à mostra a necessidade de tornar mais ágil e segura a operação de captação de recursos, e essa necessidade aumenta na medida em que se intensifica o fluxo de investimentos no plano internacional, circunstância que reclama seja o ordenamento dotado de instrumentos e mecanismos capazes de ser utilizados com mais eficácia no fluxo de capitais externos.

Para atender a essas necessidades, vem sendo cogitado o aproveitamento da figura da fidúcia, com os contornos que veio a emprestar-lhe o instituto anglo-saxão do *trust*.

O *trust* implica a segregação de bens e a constituição de patrimônios afetados a determinadas finalidades. De outra parte, visto sob o ângulo de sua flexibilidade, o *trust* se mostra adequado ao atendimento de inúmeras outras necessidades da sociedade moderna, notadamente na conjuntura caracterizada pela desintermediação financeira e pela globalização.

No Brasil, já se cogitou do aproveitamento de alguns elementos do *trust*, como é o caso do substitutivo ao Projeto de Lei na Câmara nº 3.362, de 1957, e do Anteprojeto do Código de Obrigações, de 1965, neste sob a denominação de *contrato de fidúcia*. Muito embora não tenha prosperado o Anteprojeto do Código de Obrigações, é na linha desses princípios que vêm se amoldando, no direito positivo brasileiro, algumas figuras de natureza fiduciária, como são os casos da alienação fiduciária de bens móveis, instituída pela Lei nº 4.728, de 1965, e da cessão fiduciária de direitos creditórios, introduzi-

da pela Lei 4.864, de 1965; e é na mesma linha desses princípios que se estrutura uma nova forma de fideicomisso na maioria dos países latino-americanos, como são os casos da Argentina, do Chile, do México e da Venezuela.

O extraordinário interesse prático da matéria levou-nos a realizar estudo de direito comparado, a partir de valiosas indicações bibliográficas dos Professores Caio Mário da Silva Pereira, Diogo Leite de Campos, Arnaldo Wald e Luiz Roldão de Freitas Gomes, do qual resultou monografia que apresentamos como requisito de conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Privado, da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, realizado em 1996. O estudo teve por escopo, fundamentalmente, suscitar a necessidade de harmonização do nosso direito positivo em face da legislação estrangeira, no momento em que se intensifica a circulação de capitais e a demanda por investimentos em nosso país.

Com efeito, a par das inúmeras funções que a segregação patrimonial pode desempenhar no mundo dos negócios, ressalta seu decisivo papel, de uma parte, como garantia, contribuindo para a expansão do crédito, e, de outra parte, como instrumento do mercado de investimento, inclusive na securitização de créditos, operando como catalizador no processo de captação de recursos.

Nesse contexto, a idéia da fidúcia passou a despertar especial interesse com vistas à revitalização do setor imobiliário, dada a extraordinária importância desse setor tanto no campo econômico como no social, notadamente pela geração de empregos em larga escala.

III

De fato, o setor imobiliário no Brasil vinha experimentando grande expansão desde meados de 1960, mas a partir do início da década de 80 passou a enfrentar sérios problemas que deram causa a grave crise que até hoje perdura.

Dentre as causas dessa crise encontram-se (a) o inadequado direcionamento dos recursos, na medida em que se destinavam a habitações populares recursos captados no mercado financeiro, cujo custo não pode ser suportado pela população de renda mais baixa, (b) a inadequação do sistema de garantias, que contribui para a interrupção do fluxo de retorno dos empréstimos, daí porque torna desinteressante o investimento no setor e, obviamente, afasta investidores potenciais, e (c) a excessiva interferência do Estado nas relações contratuais.

A questão vem sendo há muito debatida pela sociedade, tendo sido alvo de importantes estudos no Congresso Nacional, aí destacando-se, no início da década de 1990, os trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre o SFH e da Comissão Nacional da Política Habitacional, da Câmara dos Deputados, dos quais resultou a consciência de que o financiamento imobiliário deve desenvolver-se em duas faixas distintas, isto é, uma faixa de financiamento assistencial, subsidiado explicitamente por recursos orçamentários, e uma faixa de financiamento de mercado, com recursos privados, captados no mercado, numa estruturação que reclama, fundamentalmente, a adequação e viabilização das fontes de financiamento e a revisão ou renovação do sistema de garantias imobiliárias, de modo a propiciar efetiva proteção do crédito.

Nesse contexto mobilizaram-se segmentos da sociedade interessados, merecendo destaque os trabalhos realizados pela Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança — ABECIP. Essa entidade promoveu a realização de vários seminários em que se debateu o problema, com a participação de profissionais tanto do setor público como do setor privado, incluindo técnicos estrangeiros, resultando desses debates uma proposta de reorganização oferecida à sociedade em seminário realizado em Brasília, DF, em novembro de 1995. Tivemos oportunidade de participar desses trabalhos, formulando sugestão para anteprojeto de lei com base nos estudos de direito comparado que vínhamos realizando.

Paralelamente a esse estudo, que contemplava ampla reorganização do setor imobiliário, o Deputado José Chaves apresentou, com base em anteprojeto que elaboramos a partir de desta Monografia, bem como dos nossos estudos sobre as garantias fiduciárias, o Projeto de Lei nº 1.665, de 1996, dispondo sobre a alienação fiduciária de bens imóveis. Estando em curso esse Projeto, o Poder Executivo veio a adotar, em 1997, parte das sugestões apresentadas no Seminário supra-mencionado e encaminhou ao Congresso Nacional Projeto de Lei, dispondo sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e sobre a alienação fiduciária de bens imóveis, que recebeu o nº 3242/97. O mesmo Deputado José Chaves veio a ser encarregado da relatoria desse Projeto do Poder Executivo, tendo apresentado substitutivo cuja redação foi integralmente aprovada na Câmara e no Senado Federal, convertendo-se na Lei nº 9.514, sancionada em 20 de novembro de 1997.

Na elaboração do substitutivo, o Relator acolheu sugestões de várias entidades representativas dos segmentos interessados, valendo mencionar as contribuições do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil — IRIB, da Câmara Brasileira da Indústria da Construção Civil — CBIC e do Sindicato das Empresas de Construção, Compra e Venda de Imóveis — SECOVI.

IV

Fundamentalmente, a Lei nº 9.514, de 1997, no que tange à estrutura do novo sistema de financiamento, caracteriza-se pela redução da presença do Estado nos negócios privados, estabelecendo um sistema com estrutura extremamente simples, em que estão presentes tão-somente os instrumentos básicos para que os negócios se desenvolvam segundo as regras do livre mercado; a grande inovação é, efetivamente, a utilização da idéia da fidúcia como instrumento de garantia do mercado imobiliário e do mercado investidor.

Com efeito, a nova lei altera substancialmente o sistema de garantias reais imobiliárias do direito brasileiro, a ele acrescentando a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, a titularidade fiduciária sobre direitos creditórios oriundos da alienação de imóveis e o regime fiduciário para garantia de investidores no mercado secundário de créditos imobiliários e regulamentando com mais precisão a titularidade fiduciária.

Ao disciplinar essas novas garantias, a lei tem em vista a expansão do crédito imobiliário e, para tanto, delineia a estrutura de um *mercado secundário de créditos imobiliários*, destinado a constituir fonte de recursos para o setor imobiliário.

Nesse novo mercado, a fidúcia é o traço comum de todas as operações — serve como garantia na comercialização de imóveis, na qual o tomador de um empréstimo transfere ao prestador a propriedade fiduciária do imóvel, mediante contrato de *alienação fiduciária*; serve como garantia na produção de imóveis, hipótese em que o incorporador, dispondo de créditos decorrentes da comercialização de imóveis, transfere ao financiador, para garantia, a titularidade desses créditos, mediante contrato de *cessão fiduciária*; e, finalmente, serve para dar segurança ao mercado investidor, na medida em que permite que se constitua titularidade fiduciária sobre créditos vinculados a títulos securitizados, pela qual se forma um patrimônio autônomo, destinado à satisfação dos direitos creditórios dos investidores (*regime fiduciário de créditos "securitizados"*).

A partir desse instrumental básico, preconiza-se o efetivo funcionamento de um mercado de créditos lastreados em garantias imobiliárias, em que o título de crédito (Certificado de Recebíveis Imobiliários — CRI), criado pela Lei nº 9.514/97, reúna, num só instrumento, a segurança da propriedade imobiliária e as condições de negociabilidade dos valores mobiliários, salientando-se, por sua extraordinária relevância, que o lastro de garantias que estará vinculando os CRIs há de ser a propriedade fiduciária, constituída pelo con-

trato de alienação fiduciária sobre bens imóveis, que a lei vem de regulamentar.

Quanto à propriedade fiduciária decorrente do contrato de alienação fiduciária, trata-se de garantia que poderá contribuir de maneira decisiva na implantação e no desenvolvimento do mercado de crédito imobiliário, pois, sabendo-se que para o bom funcionamento de qualquer mercado são essenciais tanto a estabilidade das fontes de captação de recursos como, também, a rapidez nos processos de recuperação de créditos (que alimentam aquele mercado de captação), a propriedade fiduciária é garantia que se reveste das condições necessárias para propiciar rápida recomposição de situações de mora e, conseqüentemente, manter a regularidade dos fluxos financeiros necessários para atender os compromissos com os investidores e a demanda por novos financiamentos.

Por fim, a cessão fiduciária de créditos oriundos da alienação de imóveis, criada pela Lei nº 4.864 de 1965, e aperfeiçoadas pela Lei nº 9.514/97, é mais um instrumento que também poderá ser útil na expansão do crédito no setor imobiliário.

V

Efetivamente, as figuras já regulamentadas no direito positivo brasileiro, com a ampliação e o aperfeiçoamento introduzidos pela nova lei, são instrumentos de extraordinária utilidade no funcionamento do mercado de capitais e no desenvolvimento dos negócios em geral. No entanto, num ou outro diploma legal, observam-se deficiências ou inexatidões que, embora não impeçam a aplicação da norma, podem gerar controvérsias. É o caso, por exemplo, dos fundos de investimento em geral, cuja regulamentação, nos arts. 49 e 50 da Lei nº 4.728, de 1965, se mostra insuficiente, pois não contém a completa conformação da titularidade fiduciária e a disciplina da constituição do patrimônio autônomo; já a lei que regula os fundos de investimento imobiliário contempla precisa delimi-

tação da propriedade fiduciária e da constituição de patrimônio de afetação, dela se podendo extrair valiosos subsídios para o aprimoramento da lei dos fundos de investimento em geral.

Assim, a despeito da existência de disciplinamento esparsos de figuras de origem fiduciária, ocorre-nos que a atual legislação brasileira mereceria ampla e profunda revisão, de modo a serem articuladas de maneira harmoniosa as normas pertinentes, formando um todo coerente. Observe-se, a propósito, que certos conceitos, como os da propriedade fiduciária e o do patrimônio de afetação, mereceriam tratamento peculiar, aos quais demos especial atenção quando dos trabalhos de formulação da nova lei, valendo-nos, sobretudo, das lições extraídas da jurisprudência nacional e dos estudos de direito comparado, notadamente das recentes legislações argentina, chilena e colombiana. Nesse sentido, entendemos conveniente o aprofundamento dos estudos com vistas à formulação de uma lei que contemple as normas gerais sobre a fidúcia, a exemplo do conjunto sistemático de normas proposto no Anteprojeto do Código de Obrigações de 1965, sem prejuízo da existência de outras normas específicas, que as peculiaridades de certas situações venham a recomendar. Com isso, nosso direito positivo passaria a contar com instituto que, por sua extraordinária flexibilidade, possibilitaria o atendimento das mais variadas necessidades no campo das atividades sociais e econômicas.

Com a presente monografia alinhamos alguns elementos que, eventualmente, podem constituir subsídios para a formulação de uma lei de caráter geral; a monografia contempla estudo sobre as fontes da fidúcia, desde sua mais remota origem, no direito romano, passando pelo penhor da propriedade do direito germânico, pelo *use* e pelo *trust* do direito anglo-saxão, o direito comparado, em que são destacadas as modernas legislações hispano-americanas sobre o fideicomisso, a construção doutrinária sobre a propriedade fiduciária e o patrimônio de afetação e as figuras de cunho fiduciário adotadas

pelo direito positivo brasileiro. Trata-se, em suma, de um convite à reflexão sobre os fundamentos da fidúcia e do *trust* anglo-saxão e sobre as possibilidades de aproveitamento da idéia geral dessas figuras como resposta às necessidades da sociedade contemporânea.

Capítulo I

FONTES

1.1. Fidúcia — Conceito e caracterização geral

A fidúcia encerra a idéia de uma convenção pela qual uma das partes, o *fiduciário*, recebendo da outra (*fiduciante*) a propriedade de um bem, assume a obrigação de dar-lhe determinada destinação e, em regra, de restituí-lo uma vez alcançado o objetivo enunciado na convenção. A fidúcia, como garantia, exerce função correspondente às garantias reais em geral, sendo, porém, dotada de mais eficácia, pois, enquanto nos contratos de garantia em geral (por exemplo, a hipoteca) o devedor grava um bem ou direito para garantia, mas o mantém em seu patrimônio, na fidúcia, diferentemente, o devedor efetivamente transmite ao credor a propriedade ou titularidade do bem ou direito, que, então, permanecerá como propriedade fiduciária do credor até que seja satisfeito o crédito.

Essa atribuição da titularidade ao adquirente (fiduciário) é plena, mas o fiduciário assume a obrigação de dar determinada destinação ao bem ou direito que recebe. Assim, o negócio de natureza fiduciária é negócio bilateral composto por dois acordos que criam uma situação *sui generis*, pela qual uma parte (alienante-fiduciante) transmite a propriedade de certos bens à outra parte (adquirente-fiduciário), que, embora passando a exercer os direitos de proprietário, *erga omnes*,

assume, no campo obrigacional, nas suas relações com o fiduciante, o dever de dar aos bens adquiridos a destinação determinada pelo próprio fiduciante e com este acordada na forma do citado pacto adjeto.

1.2. A fidúcia no direito romano

A fidúcia tem origem mais remota no direito romano, com a concepção de venda fictícia, ou provisória: era a convenção pela qual uma das partes (o *fiduciário*), tendo recebido de outra (o *fiduciante*) a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-la uma vez alcançado determinado fim, estipulado em pacto adjeto (*pactum fiduciae*).

As fontes indicadoras dos textos sobre a fidúcia romana são precárias, até porque, como assinala Giuseppe Messina, os compiladores do Digesto apagaram os vestígios do instituto³. Por isso, as informações a respeito se encontram, sobretudo, nas *Institutas*, de Gaio, nas *Sentenças*, de Paulo, assim como em algumas referências nas obras de Cícero. Nas obras de Gaio pode-se encontrar uma definição clara da fidúcia, suas modalidades, os meios pelos quais pode ser constituída, suas finalidades, seus efeitos e as ações que a tutelam.

Gaio⁴ define a fidúcia como uma *mancipatio* pactuada com a obrigação do adquirente de *remancipare*, indicando que a mesma se fazia pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*⁵.

3 MESSINA, Giuseppe. *Scritti Giuridici – Negozi Fiduciari*. Milão: Dott. A. Giuffrè, Editore 1948, p. 105 (“I compilatori dei digesti hanno adempiuto quasi alla perezione al compito di fare ogni traccia dell'istituto, non più rispondente al diritto ultimo dell'impero.”)

4 *Comentarius Secundus*, § 59: “Adhuc etiam ex alis causis sciens quisque rem alienam usucaput; nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dedit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.”

5 MESSINA, Giuseppe, ob. cit., p. 106.

É ainda Gaio quem registra duas espécies de fidúcia: a fidúcia *cum creditore* e a fidúcia *cum amico*⁶. A primeira — *fiducia cum creditore* — tinha conteúdo assecuratório, destinando-se a garantir o credor; nessa modalidade, o devedor vendia o bem ao credor sob a condição de recuperá-lo se, dentro do prazo convencionado, resgatasse a dívida. A segunda modalidade de fidúcia — *fiducia cum amico* — não tinha a finalidade de garantir um crédito, mas a de preservar certos bens de uma pessoa, que eventualmente pudessem estar ameaçados por alguma circunstância; nessa modalidade, o proprietário de determinado bem alienava-o a um amigo com a condição de lhe ser restituído quando cessassem as circunstâncias que tiverem justificado o receio do proprietário, ou fiduciante, como, por exemplo, o risco de perder o bem em razão de algum fato político, o risco de perecer na guerra, uma viagem etc. Traço comum às duas modalidades de fidúcia era a efetiva transmissão da propriedade de determinado bem, com a ressalva de que essa transmissão era condicionada ao cumprimento de determinado fim, havendo, portanto, a obrigação do adquirente, ou fiduciário, de restituí-lo depois de cumprido o objetivo definido no contrato.

A fidúcia, assim configurada na obra de Gaio⁷, tinha aplicação no direito romano, quer para constituição de garantia em favor de um credor, mediante transmissão da propriedade de uma coisa, quer como instrumento para realização de depósito, mediante entrega de uma coisa a pessoa de confiança

6 *Comentarius Secundus*, § 60: "*Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quod tutius nostrae rest apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit*".

7 LIMA, Otto de Sousa. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: RT, 1962, pp. 28/30.

ou, ainda, como meio próprio de efetivar uma doação *mortis causa*. A fidúcia compreendia um ato solene (*mancipatio* ou *in iure cessio*) e um *pactum conventum*⁸. Tinha o fiduciário o direito de dispor da coisa e de legá-la *per vindicationem*, mas a ele se imputava a obrigação de restituí-la ao fiduciante quando satisfeita a dívida. Ostentando a posição de proprietário pleno, o fiduciário podia vender a coisa, se o devedor não pagasse a dívida, e receber o preço sem concorrência com outros credores do fiduciante. Podia o devedor, não obstante, exigir o reembolso do valor que sobejasse o *quantum* da dívida. Releva notar que a responsabilidade do fiduciário estava sujeita apenas a uma ação pessoal, ficando o devedor-fiduciante, portanto, sujeito aos riscos de insolvência do fiduciário.

Dada essa configuração, ressalta como elemento essencial do pacto fiduciário a presença da boa-fé, como destacado por René Jacquelin, ao definir a fidúcia como “uma convenção baseada na boa-fé, tendo como causa um ato solene translativo de um direito de propriedade ou de um direito de posse, e por objeto um outro ato jurídico inverso, tendente a anular os efeitos do primeiro.”⁹

É, assim, a fidúcia romana uma convenção que se agrega a um ato solene, um pacto adjeto a um contrato de transferência de propriedade, uma cláusula secreta, como referido por Ihering, ou uma contracarta, segundo Geny, que adere à *mancipatio* ou à *in iure cessio* para se convencionar a restituição da coisa então transmitida. Para melhor compreensão do mecanismo pelo qual se convencionava o *pactum fiduciae*, importa ter presente que os atos jurídicos nas sociedades primitivas se revestiam de estreiteza e solenidade, daí porque um mesmo ato jurídico preenchia as mais diversas funções, ficando as

8 MESSINA, Giuseppe, ob. cit., p. 107.

9 JACQUELIN, René, *De la fiducie*, apud LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 40.

partes circunscritas aos limites daqueles atos solenes, que eram insuficientes para a criação de novas modalidades de obrigações, e que, nesse contexto, “a fidúcia, mormente em seu início, teve como finalidade precípua completar o campo de aplicação desse direito, quebrando, mesmo, em parte, a sua solenidade. Exigia-se, para isso, apenas a boa-fé.”¹⁰

Giuseppe Messina, para quem a fidúcia romana é uma *mancipatio* com a obrigação do adquirente de *remancipare*, formula sua definição nos seguintes termos: “A fidúcia patrimonial deve ser chamada uma ‘mancipatio sub fide remanc seu manumissionis’ — ou, considerada genericamente, é o negócio jurídico complexo pelo qual, aquele que se torna proprietário de uma coisa ou titular de um direito se obriga a restituí-los, deles privando-se em determinadas circunstâncias.”¹¹

Na definição de Otto de Sousa Lima, a fidúcia “é uma convenção, pela qual aquele que recebeu uma coisa ou um direito, pela *mancipatio* ou pela *in jure cessio*, se obriga à restituição, quando satisfeito o fim ou preenchida a destinação.”¹²

Em síntese, na definição de José Carlos Moreira Alves, é a fidúcia “o contrato pelo qual alguém (o fiduciário) recebe de outrem (o fiduciante) a propriedade de uma coisa infungível, mediante a *mancipatio* ou a *in jure cessio*, obrigando-se, de acordo com o estabelecido num *pactum* oposto ao ato de entrega, a restituí-la ao fiduciante, ou a dar-lhe determinada destinação. Trata-se de contrato real, bilateral, imperfeito, de boa-fé.”¹³

A fidúcia, assim, tem como requisitos a entrega da coisa ao fiduciário e o acordo de vontade pelo qual o fiduciário se

10 LIMA, Otto de Sousa, referindo-se a René Jacquelin, ob. cit., p. 41.

11 Ob. cit., p. 107.

12 Ob. cit., p. 44.

13 ALVES, José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. III, p. 143.

obriga a restituí-la ou dar-lhe determinada destinação; releva notar que esse acordo de vontades, o *pactum fiduciae*, só tinha eficácia obrigacional, daí porque a retomada da propriedade pelo fiduciante, uma vez cumprida a finalidade do pacto, era feita mediante uma nova transferência do domínio sobre a coisa, já agora feita pelo fiduciário ao fiduciante.

Registra José Carlos Moreira Alves¹⁴ que o fiduciante tinha que confiar apenas na *fides* do fiduciário, pois não dispunha de ação para compeli-lo a restituir a coisa ou a dar-lhe a destinação pactuada, e que, a despeito de ser controvertida a matéria, parece que foi o pretor, no direito clássico, quem sancionou esse pacto e que, posteriormente, nos fins da República, surgem duas ações, a saber,

a) *actio fiduciae directa*, facultada ao fiduciante na hipótese de o fiduciário deixar de restituir a coisa ou de lhe dar a destinação convencionada, e

b) *actio fiduciae contraria*, facultada ao fiduciário na hipótese de o fiduciante deixar de cumprir as obrigações que eventualmente tenha contraído¹⁵.

O instituto da fidúcia teve grande aplicação na era clássica, mas, como observa Carlo Longo, mesmo admitindo-se que tenha continuado a ser usada no período pós-clássico, a verdade é que com o desaparecimento dos dois modos formais de transferência da propriedade, a *mancipatio* e a *in jure cessio*, a fidúcia caiu em desuso, não aparecendo nas Compilações de Justiniano¹⁶.

14 ob. cit., p. 143.

15 No *Commentarius Quartus*, Gaio trata das ações "*superest ut de acionibus loquamur*" e, dentre as ações de boa-fé indica as de compra e venda, locação, gestão de negócios, mandato, depósito, fidúcia, de sociedade, tutela e referentes ao patrimônio da mulher casada: "*Sunt aut bonae fidei iudiciae haec: ex empto vendito, locato, conducto, negotiorum, gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*".

16 LONGO, Carlo, *apud* LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 87 ("L'indice più significativo di tale decadenza si há nel fatto che la legislazione imperiale postclassica si disinteressa completamente del regolamento dell'istituto."

1.3. O penhor da propriedade do direito germânico.

O direito germânico também conheceu a fidúcia, que, muito embora tenha tido origem no direito romano, deste diferia quanto à natureza e aos limites do poder jurídico do fiduciário sobre a coisa objeto da fidúcia.

Giuseppe Messina registra a recepção do direito romano pelos povos germânicos, em cujo direito aparecem, ao lado de institutos genuinamente germânicos, outros em que se denota uma clara influência do direito romano. Quanto à fidúcia, observa aquele autor que, não obstante os traços que a distinguem do direito romano, o instituto do direito germânico tem a mesma função econômica do pacto fiduciário romano¹⁷, acrescentando que, no direito germânico, é no penhor da propriedade, que se encontram os traços característicos da transmissão fiduciária. Por esse mecanismo, o devedor transferia ao credor a propriedade da coisa, mas celebrava-se um pacto adjeto que tornava condicional aquela transmissão. A venda pela forma habitual denominada *carta venditionis* era vinculada a um pacto de restituição da coisa, firmado por um outro documento denominado *contracarta*.

Na estrutura do direito germânico, no que interessa às considerações sobre a evolução da fidúcia e dos institutos afins, sobreleva a figura de intermediários denominados *manusfidelis* e *salmann*.

Era o *manusfidelis* pessoa de confiança a quem competia, em cumprimento a atribuições a ele conferidas, transmitir bens a um beneficiário ou praticar atos de liberalidade visando a doações *pro anima*.

O *salmann* era um intermediário através do qual se fazia a transmissão de um bem do proprietário para o adquirente/beneficiário. Anota Messina que, no antigo direito medieval ger-

17 ob. cit., p. 146.

mânico, o *salmann* recebia seus poderes do alienante, obrigando-se, de forma solene, a transmitir os bens ao terceiro destinatário, enquanto que no novo direito medieval germânico o *salmann* passara a ser fiduciário do adquirente, e não do alienante, de modo que os poderes por ele recebidos não o eram para transmitir o bem ao destinatário, mas para adquirir o bem para este, ou com este intervindo para reforçar o direito do adquirente. O *salmann* recebia efetivamente a propriedade e passava a exercer sobre ela um direito real, enquanto não transmitisse a propriedade ao destinatário determinado, sendo certo que esse direito real era limitado pelo fim que determinava a intervenção do *salmann*. Desse modo, o disponente e seus herdeiros tinham o direito de retomar a coisa do poder de terceiros, em caso de infidelidade do *salmann*, dispondo de um direito real de reversão¹⁸.

Com efeito, na fidúcia romana, o fiduciário recebia um ilimitado poder jurídico sobre a coisa, sendo certo que, se dispusesse da coisa arbitrariamente, sem observância do *pactum fiduciae*, não se dava ao fiduciante senão o direito de haver a reparação das perdas e danos. Já no direito germânico o poder jurídico do fiduciário é limitado pelo caráter resolutório da propriedade que recebe, que tem eficácia *erga omnes*, de modo que eventual alienação arbitrária, por parte do fiduciário, era considerada ineficaz, daí porque o fiduciante retomava a propriedade da coisa por efeito da condição resolutiva.

Assim, a fidúcia tinha, no direito germânico, configuração distinta do instituto romano, muito embora ambos tivessem como traço característico a transmissão da propriedade da coisa. Entretanto, segundo Martin Wolf¹⁹, "enquanto no sistema romano a alienação era incondicional, só existindo uma obrigação pessoal de restituição sujeita à extinção da dívida, já

18 MESSINA, Giuseppe, ob. cit., pp. 154/156.

19 Apud BUZAIÐ, Alfredo, *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 401, p. 9.

em direito germânico a coisa era transmitida sob condição resolutiva de pagamento da dívida; assim, pois, cumprida a condição, a propriedade voltava ao alienante, assegurada por efeito da condição resolutiva.²⁰

1.4. A fidúcia no direito inglês.

1.4.1. O *mortgage* no antigo direito inglês.

O antigo direito inglês contemplava a figura do *mortgage*, que consistia na transmissão da propriedade com escopo de garantia.

Anota Otto de Sousa Lima que vários escritores viram semelhança, identidade de estrutura, de caracteres e de finalidade entre o *mortgage* e a *fiducia cum creditore*, muito embora ambos os institutos tivessem tido desenvolvimento autônomo e estivessem distanciados no tempo e no espaço²¹. Giuseppe Messina observa que o *mortgage* lembra, muito de perto, a fidúcia pignoratícia, mas ressalva que o fato de, no *mortgage*, o direito imobiliário (*estate*) ser atribuído ao credor, sob condição resolutiva, afasta esse instituto da noção romana de fidúcia²².

Importa notar que essa resolubilidade não estava na concepção original do *mortgage*, pela qual, efetivamente, a propriedade passava ao fiduciário (*feoffee*) plena e ilimitadamente, de modo que, tanto pelo *jus civile*, como pela *common law*, adquiria o fiduciário a qualidade de titular do domínio pleno sobre a coisa.

20 MESSINA, Giuseppe, ob. cit., p. 159, observa : "*In ogni modo anche com questi dati il rapporto fiduciario germanico esaminato si distingue bene da quello romano per la limitazione, che affettano il diritto reale del salmanno in qualunque caso e com efficacia reale.*"

21 ob. cit., p. 100.

22 ob. cit., p. 166.

A este propósito, é digno de nota o registro feito por Otto de Sousa Lima quanto ao processo de evolução pelo qual passou o instituto do *mortgage* clássico, evidenciando alguns aspectos da estrutura peculiar do Direito anglo-saxão: "Mas, ultrapassada esta primeira fase, passou o Chanceler, como representante do Rei e como *fountain of justice*, a intervir na relação negocial, expedindo um *writ*, contendo uma *vocatio in ius* para que o fiduciário comparecesse perante ele. Comparcendo o réu e reconhecida como fundada, não *in ius* ou *at law*, mas *in equity*, isto é, segundo os dados imperativos da consciência, a pretensão do autor, impunha o Chanceler a ele um determinado modo de comportamento ou de praticar determinado ato, sob pena de prisão. Intervinha, assim, a *equity* para modificar uma situação definitiva decorrente da *common law*, e isto porque, sob o ponto de vista da *equity*, seria iníquo que o *mortgagor*, por não ter cumprido a prestação no dia fixado no ato constitutivo, perdesse irremediavelmente a *res*, cujo valor era consideravelmente maior do que o montante do débito."²³

É nesse contexto que se constrói a *equity of redemption*, pela qual a Corte confere ao devedor, mesmo depois de vencido o prazo do contrato, o direito de obter a restituição da coisa dentro de um prazo razoável, desde que pagasse a dívida, mais os juros e uma reparação pela mora.

De outra parte, assiste ao credor o direito de propor que a Corte imponha ao devedor a obrigação de exercitar a *equity of redemption* dentro do prazo, sob pena de perder definitivamente a propriedade. Para evitar esse processo, as partes passaram a incluir, no *mortgage*, uma cláusula autorizando o credor a vender o bem em caso de falta de pagamento.²⁴

É, assim, como decorrência desse processo evolutivo, que se afastam os conceitos do *mortgage* e da *fiducia cum credito*.

23 ob. cit., p. 104.

24 ob. cit., p. 169.

re, apesar de ambos, na fase genética, terem tido estruturas exatamente iguais, pois se tratava de negócios jurídicos que, de fato, tinham como antecedente lógico um vínculo obrigacional entre fiduciante e fiduciário, no qual o fiduciante tinha a qualidade de devedor da prestação e o fiduciário a de credor, sendo essa a obrigação que se tratava de garantir²⁵.

Assim, apesar da identidade estrutural entre os dois institutos, pois ambos — o *mortgage* e a *fiducia cum creditore* — têm como base um contrato real (transferência de propriedade de uma coisa do fiduciante ao fiduciário), ao qual está vinculado um contrato obrigacional (obrigação do fiduciário de restituir a coisa, uma vez cumprida a prestação do fiduciante), a condição resolutiva presente no antigo direito inglês dava ao *mortgage* uma característica peculiar que, embora pudesse aproximá-lo do penhor de propriedade do direito germânico, o distanciava da *fiducia cum creditore*, pois, efetivamente, no *mortgage* o direito do fiduciário era destinado a resolver-se automaticamente, se e quando o fiduciante pagasse a dívida no prazo contratado.²⁶

1.4.2. O *trust*

1.4.2.1. Origem

A partir da Idade Média, passa a configurar-se na Inglaterra o instituto do *trust*, que tem como antecedente histórico o *use*. Assinala Giuseppe Messina que, com o correr dos tempos, os *uses* passaram a ser chamados *trusts* e, ainda hoje, estes são, em substância, os antigos *uses*, que se definem

25 FRANCESCHELLI, Remo, *La Garanzia Reale*, p. 517, *apud* LIMA, Otto de Sousa, *ob. cit.*, p. 100.

26 MESSINA, Giuseppe, *ob. cit.*, p. 168: "*Tutto ciò conduce a ritenere che il classical mortgage fosse sì un pegno commissorio e in particolare un'alienazione condizionata risolutivamente, ma non un rapporto sul tipo della fiducia romana*".

como uma relação jurídica pela qual uma pessoa (*feoffee to use*) era investida, segundo a *common law*, de poder jurídico cujo exercício deveria beneficiar economicamente outra pessoa (*cestui que use*). Assim, continua Messina, se, por exemplo, se quisesse atribuir o gozo de um fundo a A, seria possível alcançar-se esse resultado mediante um ato de *feoffment* que investisse B do direito legal de propriedade sobre tal fundo, mas para uso, isto é, para benefício de A²⁷.

Com efeito, configura-se o *trust* pela entrega de certos bens a uma pessoa, para que deles faça uso conforme determinado encargo que lhe tenha sido cometido, repousando esse conceito na confiança depositada naquele que recebe os bens.

Aquele que entrega os bens e, por consequência, institui o *trust*, é denominado *settlor* (instituidor); o *settlor* transmite, efetivamente, a propriedade sobre os bens. Aquele que recebe os bens, e assume a obrigação de administrá-los, denomina-se *trustee* (aquele em quem se confia). Aquele em favor de quem o *trust* é instituído denomina-se *cestui que trust* (aquele que confia).

Trust significa *confiança*, mas esta não emana da lei ou do direito, senão da probidade e da consciência do *trustee* — assim, a restituição do bem, ou sua entrega ao *cestui que trust*, implicava apenas um dever de consciência do *trustee*.

Arminjon, Nolde & Wolf²⁸ observam: “o que distinguia o direito inglês dos direitos germânicos era que legalmente, *in law*, o *feoffee to use* inglês exercia o direito de propriedade

27 Ob. cit., p. 179: “L'uso era una relazione giuridica per cui un soggetto (*feoffee to use*) era rivestito secondo il *common law* di una persona (*cestui que use*). Posto, ad es., che si volesse attribuire il godimento di un fondo ad A, si poteva raggiungere questo risultato mediante un atto di *feoffment* che investisse B del diritto legale di proprietà del fondo, ma *to use*, cioè a beneficio di A. La *livery of seisin* era fatta a B, che si considerava *vested* della *legal estate*; A aveva il godimento effettivo del fondo senz'obbligo alcuno di adempiere gli obblighi gravanti sulla tenuta.”

28 *Apud* BUZAID, Alfredo, ob. cit.

sem restrições e que o beneficiário não tinha nenhum direito real ou pessoal contra aquele em quem pôs confiança. Foi após o início do século XV quem os chanceleres entrevistaram, constringendo o *feoffee*, em nome da moral e da equidade, a cumprir os encargos que lhe foram impostos.”

1.4.2.2. Evolução histórica

Efetivamente, o *trust* tem origem na prática da *equity*, e não na *common law*, pois, como já visto, na concepção desta, a entrega dos bens para administração não gerava a obrigação de restituição. É a partir da Idade Média que a Corte de Chancelaria passa a acolher, na prática da *equity*, os recursos do fiduciante contra o fiduciário, para compelir este a restituir os bens, revestindo-se essas decisões de força coercitiva — aqueles que negligenciassem o dever de consciência de restituir os bens poderiam ser compelidos a comparecer perante a Corte, por *laesio fidei*, sendo aprisionados e mantidos na prisão até que reconhecessem a obrigação e cumprissem o dever de consciência de restituir o bem.

O *trustee* (aquele que recebia os bens mediante *trust*), que na *common law* era tido como único e verdadeiro proprietário, na Corte de Chancelaria não passava de um proprietário provisório, um intermediário; o *trustee* tinha um direito legal (*legal right*) e o beneficiário um direito substancial de fruição (*equitable right*), sendo certo que, no conflito com a lei, prevalecia a equidade, podendo o beneficiário, portanto, assegurar seu direito mediante recurso à Corte.

No processo de formação do instituto, são dignos de nota o *Estatuto de Usos*, aprovado pelo Parlamento em 1535, no reinado de Henrique VIII, e a condensação da jurisprudência da Corte, no *Trustee Act*, de 1893, quando o instituto se consolidou com a configuração atual, pela qual se conceitua o *trust* como o negócio em que uma pessoa (fiduciante) transfere seus direitos a outra (fiduciário) para que esta os administre segundo condições definidas no contrato, em proveito do

próprio fiduciante ou de um terceiro beneficiário, obrigando-se a restituí-los ao fiduciante, ou ao beneficiário, uma vez implementada a condição convencionada.

1.4.2.3. Concepção moderna

Na concepção anglo-americana, o *trust* é assim definido por Maitland: "Quando uma pessoa cede seus direitos: (a) a uma outra pessoa ou (b) para realização de qualquer fim particular, diz-se que ela possui seus direitos sob a forma de *trust* (em confiança ou consignação), em relação a essa outra pessoa ou para esse fim: e nós a chamamos *trustee*"²⁹.

O grande segredo do *trust* repousa aqui não mais sobre a propriedade, mas sobre os modelos de confiança e de consciência impostos pela corte. A solução que dá a corte aos beneficiários de um *trust*, seja ele expresso ou não, é não estar de acordo com eles em virtude de uma espécie de direito de propriedade que lhes cabe, mas somente porque esse direito é contrário à consciência do *trustee* de faltar à sua função ou de abusar dela.

É, pois, para conduzir o *trustee* que há controle; é para purificar sua consciência que a corte o restringirá, mantendo-o nos limites do *trust* que a ele foi confiado por outrem ou, no caso em que o próprio *trustee* tenha criado o *trust*, seguindo a vontade que ele formalmente manifestou. A idéia de consciência marca também os limites de proteção ao beneficiário. Significa dizer que, quando o *trustee*, proprietário legal do objeto do *trust*, vende-o a comprador de boa-fé, que paga o preço estabelecido e que não conhece nem deve conhecer nada do *trust*, este comprador adquire o bem sem que sua consciência seja afetada pelo *trust*, e que ele será proprietário legal sem ter que se ocupar deste último; ele não será em

29 *Apud* WORTLEY, B.A., *Le trust et ses applications modernes en droit anglais*, Revue Internationale de Droit Comparé, p. 699, 1962.

nenhum sentido um *trustee* instituído pela corte. O momento crítico é o da aquisição da propriedade legal, a revelação posterior do *trust* não poderá afetar sua consciência, pois ele, de boa-fé, pagou o preço e adquiriu a propriedade.

Os beneficiários perderão, pois, todo o direito sobre o bem e não terão senão o direito de serem reembolsados, se possível, por seu *trustee* faltoso.

A corte é, assim, em primeiro lugar, um instrumento para disciplinar os *trustees* e ela não é senão, em segundo lugar, e indiretamente, o meio de proteger os beneficiários.

Há que se observar que o *trustee* não pode ser liberado de suas obrigações, transferindo a propriedade a outrem por meio de doação. Nesse caso, aquele que recebe a doação será considerado *implied trustee*, e não poderá requerer a assistência da corte para fugir às demandas dos beneficiários — *qui prior est in tempore, potior est in jure* — : os interesses equitativos dos beneficiários do *trust* serão, então, protegidos, mas o comprador não se encontrará suficientemente liberado: *equity do not assist a volunteer*. A *equity* não irá de encontro ao comprador de boa-fé que adquiriu o título legal : *equity follows the law*, mas aquele que não é um comprador a título gratuito não se encontra na mesma situação: ele deverá tomar a propriedade com seus encargos equitativos e os *trusts*.

2ª) O beneficiário e o *trustee* não se distinguem, sempre, pelo fato de um ser proprietário e o outro não.

a) Efetivamente, o beneficiário pode ser ele mesmo um *trustee* e, então, conjuntamente, um dos proprietários da indivisão.

b) Pode ser ainda que o objeto do *trust* seja formado por uma parte indivisa de um fundo (*trust fund*). Aquele que se beneficia de uma parte, mesmo indivisa, pode cedê-la, hipotecá-la ou vendê-la, ou pode ele mesmo fazer um outro *trust* de seu interesse, não o movimentando mais para o *legal title* dos fundos.

O *trust* é, pois, sobretudo, um instrumento em que o essencial é o respeito e a confiança pelo titular e seus sucessos-

res. As duas fontes dessa idéia de respeito e confiança são a Ética a Nicômaco, de Aristóteles, freqüentemente citada nas cortes de equidade nos tempos da Rainha Elizabeth I, e a moral cristã interpretada pelos Chanceleres que, até o primeiro leigo, Thomas More, foram os eclesiásticos."³⁰

Ressalta, assim, a *confiança* como um dos elementos essenciais do *trust*: aquele que tem o *legal title* sobre um bem não o possui senão para fins específicos e limitados, que tiverem sido estabelecidos pelo *settlor* ou pela Corte.

Aqui se mostra claro o desdobramento da propriedade sobre a coisa dada em *trust*.

Como se sabe, o direito anglo-saxão contempla a existência de mais de um direito de propriedade sobre uma só coisa, cada uma dessas propriedades com qualificação peculiar, delimitada, estabelecendo-se para tanto um regime de graduação. A propriedade da coisa objeto de um *trust*, assim, estará atribuída a mais de um titular, tendo o *trustee* o *legal title*, que se poderia traduzir por *propriedade formal*, e o *cestui que trust* (beneficiário) o *equitable* ou *beneficial title*, significando *propriedade econômica* ou *de fruição*³¹.

Não obstante esse traço marcante do instituto, assinala B. A. Wortley³² que tal desdobramento da propriedade é útil, mas a pedra de toque do *trust* é o sistema processual, do qual decorre um padrão de confiança e de consciência impostos pelo judiciário. Destaca aquele autor que, mais do que o interesse sobre o direito de propriedade, tem o beneficiário interesse que, em certas circunstâncias, as Cortes o protegerão, pelo controle do processo, "como em Roma o pretor protegia

30 *Revue Internationale de Droit Comparé*, p. 702, 1962.

31 Hanbury, Harold Greville e Maudsley, Ronald Harling, *Modern Equity*, Stevens & Sons, Londres, 1985, 12ª ed., p. 113: *We have seen that the interest of the beneficiary under a trust is a proprietary interest. The legal title is in the trustee; the equitable and beneficial title is in the beneficiary.*

32 *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1962, p. 699.

o interesse do *filius familias* no *peculium castrense* ou *quasi castrense*, e como os comentadores medievais reconheceram, por sua vez, o *dominium directum* e o *dominium utile*.”

Assim, por esse negócio, o fiduciário torna-se proprietário do bem objetivado, podendo praticar todos os atos inerentes ao direito de propriedade, com a ressalva de que a prática desses atos há de ser implementada somente em benefício do fiduciante, ou de terceiro indicado como beneficiário, podendo-se dizer, portanto, que os bens objeto do *trust* são afetados àquele fim.

A existência de dupla propriedade sobre o mesmo bem, como característica do *trust*, é uma noção incompatível com os sistemas de filiação romana. De fato, não se trata da propriedade condominial ou da enfiteuse, que conhecemos, mas de domínio destacado, próprio e exclusivo de cada qual sobre o mesmo bem, ou seja, tem o mesmo bem dois proprietários, sem serem condôminos, ressaltando-se, entretanto, que a propriedade do *trustee* é relativa, pois está limitada ao fim para o qual foi constituída no ato de instituição do *trust*. Trata-se de configuração peculiar do direito inglês, pela qual se admite a constituição, sobre o mesmo bem, de uma propriedade de fruição e de uma propriedade nominal.

Mas, além da dicotomia da propriedade, que confere direito real ao beneficiário e lhe assegura a fruição da coisa, ressalta como elemento viabilizador do *trust*, com vistas à segurança da relação jurídica, o sistema de proteção do poder judicante, do qual emanam modelos de consciência e fidelidade que o *trustee* é obrigado a observar em sua relação com a coisa dada em *trust*, modelos esses que a ele são impostos pela Corte, vale dizer: a par do direito real que prende a coisa ao beneficiário, e acima desse direito, a Corte conduz e controla a atuação do *trustee* na implementação do *trust*, mantendo-o nos limites do *trust* que a ele foi confiado.

Esse mecanismo de proteção judicial indica, também, que no processo de desenvolvimento histórico do *trust*, apesar de a jurisprudência ter construído um rígido sistema de controle

que protege os interesses do beneficiário, o instituto continua a ter como traço marcante a confiança, com a peculiaridade de que tem o judiciário o poder de fixar os padrões de fidelidade e consciência a serem observados pelo *trustee*.

É na linha desses fundamentos que se insere o conceito emitido por Walter G. Hart³³, nos seguintes termos: "O *trust* é uma obrigação imposta seja por convenção ou por decorrência de lei, em virtude da qual o obrigado deve gerir bens sobre os quais tem controle para benefício de certas pessoas, que podem exigir o implemento da obrigação."

Arrola esse autor os seguintes aspectos fundamentais do *trust*: 1) a existência de uma obrigação que pode ter sido convencionada expressamente ou que pode decorrer da lei; 2) a restrição do poder jurídico que o *trustee* tem sobre os bens objeto do *trust*; 3) a separação entre o controle dos bens e a integridade do direito do beneficiário sobre os mesmos, na medida em que o obrigado (*trustee*) pode ser uma das pessoas que gozem do direito de beneficiário; 4) a legitimação de qualquer dos beneficiários para exigir o cumprimento da obrigação.

Digna de nota também é a definição de Pierre Lepaulle, baseada na concepção de patrimônio de afetação, para quem o *trust* é uma afetação de bens, garantida pela intervenção de uma pessoa a quem é cometida a obrigação de implementar todos os atos necessários à realização da aludida afetação³⁴.

Ao discorrer sobre a conceituação do *trust*, Philip H. Pettit, na clássica obra *Equity and the law of trust*, observa que a

33 "What is a trust?", in "The Law Quarterly Review", vol. 15, n. LIX, julho de 1899, apud BATIZA, Rodolfo, ob. cit., p. 48.

34 LEPAULLE, Pierre, "La naturaleza del trust", In: *Revista General de Derecho y jurisprudencia*, México, 1932, t. III, p. 115: "El trust es una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos, que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación, y que es titular de todos los derechos que sean útiles para cumplir dicha obligación."

percepção da idéia geral do *trust* é relativamente fácil, mas a doutrina encontra dificuldades para formular uma definição completamente satisfatória. Observa aquele autor que um *trustee* é o proprietário nominal da coisa objeto do *trust*, mas o proprietário real ou beneficiário é o *cestui que trust*, ou, alternativamente, o *trustee* é o proprietário legal, enquanto o *cestui que trust* é o proprietário substancial. Diz aquele autor: "Um *trust* é um negócio jurídico pelo qual compromete-se uma pessoa (que é chamada *trustee*) a administrar bens sobre os quais tem controle (que são chamados bens dados em *trust*), seja em benefício de pessoas (que são chamadas beneficiárias ou *cestuis que trust*), entre as quais ela mesma, o *trustee*, pode figurar, estando qualquer delas investida de legitimidade para exigir o implemento da obrigação, ou para uma finalidade caritativa, que pode ser exigida perante o Ministério Público, ou para algumas outras finalidades permitidas por lei, embora não exequíveis."³⁵

Fixados esses traços fundamentais, importa observar que, com a constituição do *trust*, desaparece da relação o *settlor* (fiduciante), isto é, aquele que institui o *trust*, permanecendo dele somente a vontade manifestada no ato de constituição do *trust*. Todos os direitos, ações e interesses que tinha o *settlor* sobre a coisa são transferidos e divididos entre o *trustee* e o *cestui que trust*, daí porque os frutos da coisa devem ser entregues a este último, a quem também devem ser prestadas contas, e não ao *settlor*.

35 PETTIT, Phillip H., *Equity and the law of trusts*. 7. ed. Londres: Butterworths, 1993, p. 23: "A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property) either for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or *cestuis que trust*), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation, or for a charitable purpose, which may be enforced at the instance of the Attorney General, or for some other purpose permitted by law though unenforceable."

Atualmente, a configuração do *trust* está corporificada no contexto da jurisprudência, consolidando-se seu conceito como o negócio pelo qual uma pessoa destaca de seu patrimônio certos bens e transmite a outra pessoa sua propriedade formal (*legal title*), obrigando-se esta última (*trustee*) a administrá-la em favor de uma terceira pessoa (*cestui que trust* ou beneficiário), que terá a propriedade de fruição, ou econômica, sobre o bem objeto do *trust*.

Efetivamente, a fórmula é engenhosa, permitindo a consecução dos mais variados negócios, mediante uma dinâmica que contempla uma transmissão triangular, em que o *settlor*, destacando um bem de seu patrimônio, transmite-o ao *trustee*, que, recebendo-o, não pode desfrutar das utilidades econômicas desse bem, mas obriga-se a transmiti-lo, e efetivamente o transmitirá, ao *cestui que trust* ou beneficiário, este, sim, o titular dos frutos dos bens objeto do *trust*.

O *trust* implica a segregação de um patrimônio, e a conseqüente criação de um patrimônio de afetação, que não se confunde com o patrimônio do instituidor (*settlor*), nem com o do *trustee*. Disso resulta que o *trust* assegura aos beneficiários uma especial proteção no gozo dos seus direitos, na medida em que esses se tornam inalienáveis e são colocados fora do alcance dos credores. Na hipótese de insolvência do *trustee*, os bens objeto do *trust* não integrarão sua massa concursal, por estarem submetidos a uma afetação que os vincula à finalidade definida no contrato.

O campo de aplicação do *trust* é de tal maneira vasto, e variadíssimas as hipóteses em que pode ser utilizado, que praticamente não há regras que dificultem ou restrinjam a constituição de um *trust*, que pode ser utilizado para uma variedade ilimitada de objetivos³⁶.

36 SCOTT, Austin Wakeman, *apud* Rodolfo Batiza, *El Fideiúcomiso y Práctica*. México: Porrúa, 3. ed., 1976, n. 2C.

Assim, o *settlor* transmite a propriedade de certos bens ao *trustee*, a este incumbindo administrá-los em benefício das pessoas expressamente identificadas no ato de instituição do *trust*, sendo certo que, na falta de um instrumento específico, serão beneficiárias as pessoas indicadas em decorrência de lei ou da jurisprudência.

Os direitos a serem auferidos pelos beneficiários no *trust* devem ser explicitamente definidos no seu ato de constituição, podendo ser representados pelo pagamento de uma renda periódica, para fins determinados ou não, pela entrega do bem dado em *trust* ao beneficiário, ao final de certo evento ou de certo tempo, pela realização de determinado propósito, como, por exemplo, a manutenção de uma instituição etc.

Importa, obviamente, que o objeto do *trust* seja definido com precisão.

Ora, considerando-se que o *trust* tem como elementos essenciais um patrimônio determinado e uma afetação, é, efetivamente, mediante a determinação de um patrimônio e sua afetação que se pode obter a consecução dos efeitos econômicos e jurídicos do *trust*, isto é, mediante a atribuição de um direito patrimonial — propriedade fiduciária — a alguém, para que o administre no interesse de outrem.

No direito anglo-saxão, classificam-se os *trusts* em *express trusts* (*trusts* expressos), que se constituem mediante expressa manifestação de vontade, seja por ato entre vivos, seja por testamento, ou *implied trusts* (*trusts* implícitos), que são constituídos por força de decisões dos tribunais, com fundamento em uma vontade presumida do *settlor*, ou, mesmo, como resultado de uma interpretação de equidade, não necessariamente fundada em presumida vontade das partes.

Os *express trusts* subdividem-se em *executed trusts* (*trusts* executados), quando o ato inicial do *settlor* implica a transmissão da propriedade, ou *executory trusts* (*trusts* a executar), quando o que se contrata é uma transmissão futura da propriedade. De outra parte, segundo o dimensionamento dos poderes outorgados ao *trustee*, o *trust* expresso pode ser

instrumental ou *discretionary*, aquele prevendo que o *trustee* deve obedecer rigorosamente ao mandato do instituidor e este admitindo que o *trustee* use poderes discricionários na gestão do negócio, valendo-se de suas próprias faculdades de avaliação.

Desdobram-se, ainda, os *trusts* expressos em *private trusts* (*trusts* privados), que têm como objeto interesses privados, e *public* ou *charitable trusts* (*trusts* públicos), em que o objeto do *trust* são interesses públicos, que têm utilidade para a sociedade em geral.

Quanto aos implícitos, os *trusts* se subdividem em *constructive trusts* ou *resulting trusts*, os primeiros constituídos por um tribunal para evitar que um indivíduo se aproprie de determinados bens em prejuízo de terceiros³⁷, enquanto os segundos são criados por tribunais quando há motivos para se presumir que uma pessoa tenha pretendido constituir um *trust* expresso mas que, por circunstâncias alheias à sua vontade, não chegou a formalizar o pacto.

1.4.2.4. Conclusão

De tudo o que precede, pode-se concluir que o *trust*, preenchendo, embora, algumas das funções da fidúcia romana e do penhor da propriedade germânico, distingue-se desses dois institutos, notadamente em razão da dicotomia da propriedade, noção peculiar do direito inglês, e em função do sistema processual de proteção do beneficiário, mediante atuação do Judiciário no controle e fiscalização da atividade do *trustee*, sistema esse que proporciona o mais alto grau de eficácia na implementação dos *trusts* e na defesa dos interesses do beneficiário.

37 Seria a hipótese de um *trustee* apropriar-se de produto dos negócios realizados com bens objeto do *trust*.

O dinamismo e a extrema flexibilidade do *trust* possibilitam sua utilidade quase infinita no que se pode chamar de *direito dos negócios*, assemelhando-se a “um molde, uma colcha hospitaleira para inumeráveis situações”³⁸, circunstância que recomenda a identificação de suas características fundamentais e a tentativa de sua assimilação pelos países de tradição legislativa romana. A par da utilidade do *trust* como mecanismo para administração, garantia ou investimento, sua aplicação se mostra ainda mais útil nas relações internacionais. De fato, o processo de harmonização legislativa, no campo do direito comparado, decorrente do estreitamento das relações internacionais, é reclamado cada vez com maior insistência para atender as necessidades decorrentes da internacionalização das relações negociais. É nesse campo que a presença do *trust* se mostra com maior intensidade, sobretudo na medida em que se intensifica o fluxo de capitais no plano internacional, não só em razão da atuação de companhias de administração de investimentos, como, também, pela necessidade de instrumentos e mecanismos jurídico-financeiros que permitam a regularidade da circulação de capitais no plano internacional. Exemplo desta última hipótese é a adaptação das legislações da Venezuela, do Chile e da Argentina, que reformularam sua legislação sobre fideicomisso na linha do conceito do patrimônio de afetação, exatamente com o propósito de criar condições para o ingresso de capitais estrangeiros.

Entretanto, há que se remarcar, mais uma vez, que o *trust* contempla, necessariamente, como característica fundamental, a dicotomia do direito de propriedade, pela qual podem coexistir sobre um mesmo bem dois direitos de propriedade (a *legal property*, do *trustee*, e a *equitable property*, do beneficiário ou *cestui que trust*), peculiar do direito anglo-saxão e

38 JAUFRÉ-SPINOSI, Camille, *La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust e à sa reconnaissance*, (julho de 1985), Paris, 1987. In: *Journal de Droit International*, 114.^a année, n° 1, p. 23.

não acolhido pelos sistemas de tradição romana. O *trust* em sua concepção natural só pode ter acolhida em países que adotem a dualidade da propriedade. Essa peculiaridade torna impossível a recepção pura e simples do *trust* pelos ordenamentos jurídicos de origem romana, daí porque a configuração de um instituto que possa exercer as mesmas funções do *trust* passa por uma construção doutrinária e legislativa assentada na possibilidade de separação de patrimônio e, conseqüentemente, na criação de *patrimônios de afetação* — nesse conceito, o proprietário de certos bens transmite-os a outrem para atender a determinados fins (de investimento, garantia ou administração, por exemplo), atribuindo a essa transmissão caráter puramente fiduciário; aquele que recebeu os bens tem sobre eles um domínio restrito (*domínio fiduciário*) e com essa propriedade fiduciária constitui um patrimônio de afetação, com a destinação específica e única de cumprimento da finalidade definida no ato de sua constituição.

1.4.2.5. Tentativas de adaptação do *trust* a sistemas de tradição romana.

A extraordinária utilidade do *trust* vem, há muito, despertando o interesse de juristas de países de tradição legislativa romana, motivando-os à realização de estudos com vistas à adaptação do conceito do *trust* a esses sistemas. A propósito, observa Waldemar Ferreira que a assimilação do instituto anglo-americano “responde fundamentalmente ao desejo de dar ao direito privado nacional a flexibilidade necessária para que permita alcançar fins de impossível ou difícil realização dentro dos esquemas tradicionais.”³⁹

As dificuldades de natureza histórica e estrutural, entretanto, não permitem a translação pura e simples do *trust* para

39 FERREIRA, Waldemar, *O trust anglo-americano e o fideicomisso latino-americano*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, LI, p. 182.

os sistemas do *civil law*, circunstância que levou Tullio Ascarelli a advertir que “para se adotar o *trust* será preciso permanecer antes no domínio tradicional da fidúcia, que tem a mesma origem psicológica, do que penetrar no domínio jurídico, onde tudo é regido de modo formal.”⁴⁰

Efetivamente, cotejando-se a estrutura da fidúcia com a do *trust*, verifica-se que em ambos os institutos o princípio da boa-fé desempenha papel preponderante, mas, de outra parte, há discrepâncias entre certos princípios fundamentais da *civil law* e da *common law*, que constituem sério obstáculo à assimilação do instituto anglo-americano pelos sistemas de tradição romanística.

De fato, as profundas diferenças que afastam o sistema da *civil law* do sistema anglo-americano se mostram de maneira muito clara na configuração do *trust*, como, por exemplo, (a) a instituição da propriedade dos bens objeto do *trust* em nome do próprio *trustee* ou de quem este indicar, (b) a autonomia dos bens objeto do *trust* em relação ao patrimônio do *trustee* e (c) a atribuição ao *trustee* do poder-dever de administrar, incluindo o poder de disposição sobre os bens, conforme os fins do *trust*. São essas as peculiaridades que constituem a noção fundamental do *trust*, sem as quais não se terá a configuração desse negócio.

Mas, não obstante essas discrepâncias, é perfeitamente admissível o aproveitamento, nos sistemas da *civil law*, da *idéia geral* do *trust*, de que fala Philip H. Petit, com vistas à construção de institutos que exerçam funções análogas às do *trust*, sem que isso implique afronta ao princípio da exclusividade da propriedade.

Ora, considerando-se que o *trust* tem como elementos essenciais um patrimônio determinado e uma afetação, é, efetivamente, mediante a determinação de um patrimônio e sua

40 Manifestação no Congresso Internacional de Direito Privado, Roma, 1950.

afetação que se poderia obter a realização dos efeitos econômicos e jurídicos do *trust*, isto é, mediante a atribuição de um direito patrimonial — propriedade fiduciária — a alguém, para que o administre no interesse de outrem, mantendo-se a propriedade fiduciária em patrimônio apartado.

Capítulo II

Negócio Fiduciário

2.1. Nota preliminar

Como se sabe, a configuração das garantias, em geral, tem em vista a proteção do crédito com a simultânea criação de condições para que o devedor cumpra a obrigação a que está vinculada a garantia. Por isso, a fidúcia romana apresentava o sério defeito de retirar do devedor a posse da coisa, circunstância que, obviamente, lhe retirava meios com os quais poderia pagar a dívida a que estava vinculada a coisa transmitida no *pactum fiduciae*, daí, então, surgindo a hipoteca e o penhor, com os quais se procurou afastar os vícios que caracterizavam a fidúcia.

Até o final do século XIX, a hipoteca, o penhor e a anticrese foram considerados adequados aos fins a que se destinam, mas a partir da Revolução Industrial começaram a se fazer notar as deficiências daquelas garantias, reclamando-se a revisão do seu sistema, seja visando contornar os problemas decorrentes da preferência de outros créditos, notadamente os de natureza fiscal, seja visando ajustar a excussão das garantias ao ritmo acelerado que se imprimiu à circulação das riquezas, em função do desenvolvimento do capitalismo financeiro.

É nesse contexto que juristas europeus, em resposta a esses reclamos, cunharam a figura do *negócio fiduciário*, inspirados na fidúcia *cum creditore* do direito romano, procurando viabilizar a transmissão da propriedade como meio de proteger mais eficazmente o crédito, não só através de rápida recomposição das situações de mora, como, também, mediante afastamento da concorrência dos créditos preferenciais.

O modelo fiduciário reconstruído, entretanto, apresentava as mesmas deficiências do velho instituto do direito romano, não só em razão da transmissão da posse ao credor, como, também, em função da vulnerabilidade da posição do devedor, pois, nesse modelo, na hipótese de recusa do credor em retransmitir a propriedade ao devedor, só restaria a este a reparação das perdas e danos, pois o pacto de restituição no negócio fiduciário propriamente dito cria tão-somente um vínculo obrigacional.

Neste capítulo cuidaremos dos traços caracterizadores do negócio fiduciário, suas modalidades, seus efeitos e a posição da jurisprudência nacional quanto à sua validade.

2.2. Introdução

Entende-se por *negócio fiduciário* o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.

A análise das figuras de natureza fiduciária de construção romana, germânica e inglesa permite observar que a elas se recorria fundamentalmente como forma de suprir lacunas do sistema jurídico, pois a dinâmica da atividade econômica está sempre a modular novos negócios, que nem sempre encontram correspondência nas modalidades contratuais tipificadas no ordenamento. Por isso, como nenhum sistema jurídico é capaz de renovar-se com a velocidade das inovações que se

processam no campo econômico, sucede que, a cada nova necessidade de ordem econômica ou social, vão sendo adaptados velhos institutos jurídicos, mediante renovação de suas funções, para atender a essas novas necessidades.

Com efeito, o negócio fiduciário surge, em regra, no aumento dos negócios, como forma de realização de determinados objetivos para os quais os mecanismos e institutos jurídicos em vigor no ordenamento não servem com a necessária eficácia e precisão. Assim, mediante adaptação de velhos institutos, procura-se superar o permanente conflito entre a tendência conservadora do ordenamento jurídico e o processo desbravador da atividade econômica, que, necessitando de instrumentos para cumprir suas funções, abre perspectivas para a utilização de institutos já integrados ao ordenamento, mas eventualmente com funções diferentes daquelas para os quais foram moldados aqueles instrumentos. Efetivamente, a cada dia a atividade econômica requer novos instrumentos para realização de novas modalidades de negócios, que vão surgindo em alta velocidade e grande variedade, de modo que, não dispondo o ordenamento de meios adequados ao atendimento dessas modalidades de negócios no momento em que estes são demandados, são eles colocados em prática mediante a utilização de velhas formas contratuais. Tal é o contexto em que os negócios indiretos surgem como força capaz de suprir as lacunas do direito positivo cristalizado e de atender ao dinamismo próprio da atividade econômica.

O delineamento desse processo histórico é registrado com extraordinária clarividência por Tulio Ascarelli, para quem qualquer que seja a origem histórica de determinado instituto e sua justificativa originária, não raras vezes apresenta-se ele, na sua evolução, útil para novas funções e aplicações, embora conservando elementos de sua concepção original, e acrescenta: "É através dessa contínua adaptação de velhos institutos a novas funções que o direito, às vezes, se vai desenvolvendo; não raro, ostentando, então, a história do seu passado,

nas formas, que permanecem idênticas, a despeito da renovação das funções." (...)

"A inércia jurídica, a que aludi, não é somente o fruto de um misoneísmo, às vezes peculiar aos ambientes jurídicos, mas se prende, também, ao intuito de conciliar as novas exigências da vida prática com a certeza e segurança da disciplina jurídica, com a 'continuidade' do desenvolvimento histórico do direito (o que se prende à função conservadora que, sob um certo aspecto, é sempre própria do direito constituído e da jurisprudência). A satisfação das novas exigências já se verifica, às vezes, lenta e gradualmente, de modo a não comprometer a continuidade do sistema e a certeza da norma jurídica aplicável."

"As novas necessidades são, então, satisfeitas, mas o são com velhos institutos. Nessa adaptação, a nova exigência é satisfeita através de um velho instituto que traz consigo as suas formas e a sua disciplina, e oferece à nova matéria, ainda em ebulição, um velho arcabouço já conhecido e seguro. As velhas formas e a velha disciplina não são abandonadas de chofre, mas só lenta e gradualmente, de maneira que, muitas vezes, por longo tempo a nova função vive dentro da velha estrutura, e assim se plasma, enquadrando-se no sistema."

"Pode isto contrariar a simetria e a estética do sistema, mas oferece, às vezes, a vantagem da conciliação de progresso e conservação, da satisfação das novas exigências, respeitadas a continuidade do desenvolvimento jurídico e a certeza de disciplina decorrente da utilização de institutos já conhecidos, que já foram objeto da elaboração por parte da doutrina e da jurisprudência, assujeitados à prova da experiência e, por esta, moldados."⁴¹

O fenômeno registrado por Ascarelli sempre esteve presente no evoluir do direito, mas se observa cada vez mais

41 ASCARELLI, Tullio, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 93.

intensamente na razão direta da intensificação das inovações que se verificam nos campos econômico e social. É nesse processo que aparece a fidúcia com a função de "tornar dúctil um sistema jurídico fechado."⁴²

De fato, na sociedade moderna, a celeridade com que se desenvolvem os negócios e se intensifica o uso do crédito reclama a criação de novas garantias, pois as existentes nos sistemas de origem romana se mostram insatisfatórias para a proteção do direito de crédito, notadamente em razão da morosidade de sua execução. Por isso, como observa José Carlos Moreira Alves, graças ao trabalho construtivo dos juristas germânicos, surgiram, no direito moderno, as figuras do negócio jurídico fiduciário e do negócio jurídico indireto⁴³.

2.3. Origem e tentativas de conceituação

A figura do negócio fiduciário, paralelamente à do negócio jurídico indireto, surgiu no final do século XIX, a partir da construção doutrinária de juristas alemães e italianos, pela qual se utiliza a transmissão do direito de propriedade com escopo de garantia, a exemplo do que já ocorrera com a fidúcia romana e com o penhor da propriedade do direito germânico. O marco inicial da doutrina moderna do negócio fiduciário está na obra de Regelsberger, que o define em 1880 como "um negócio seriamente desejado, cuja característica consiste na incongruência ou heterogeneidade entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico empregado para atingi-lo."⁴⁴

42 LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 127.

43 LIMA, Otto de Sousa, ob. cit. p. 3.

44 ALVES, José Carlos Moreira, *Alienação Fiduciária em Garantia*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 3, nota 6: "A própria denominação negócio fiduciário é de Regelsberger, como se vê nesta passagem: "Eu quero propor para esta forma jurídica a denominação negócio fiduciário, para a qual nós temos um exemplo nas fontes".

Embora não contenha uma noção completa do que seja o negócio fiduciário, essa definição apresenta algumas de suas principais características: em primeiro lugar, sendo realmente desejado pelas partes, o negócio fiduciário não constitui simulação; em segundo lugar, é marcante no negócio fiduciário a incongruência entre o fim desejado e o meio empregado, pois, ao empregar, por exemplo, a compra e venda com escopo de garantia, as partes se valem de um contrato típico cujo efeito extravasa o fim por elas desejado e produz "mais consequências jurídicas do que seria necessário para alcançar aquele fim determinado"⁴⁵.

Grassetti salienta que, no negócio fiduciário, a atribuição da titularidade ao adquirente é plena, mas este assume a obrigação de dar determinada destinação ao objeto da propriedade ou titularidade, porque o escopo da atribuição é atípico, não é previsto de modo específico pelo ordenamento; no entanto, criticando a definição de Regelsberger, não vê desproporção entre o meio empregado e o fim desejado, pois aquele seria o único que permitiria alcançá-lo. Assim Grassetti define: "Por negócio fiduciário entende-se uma manifestação de vontade pela qual se atribui uma titularidade de direito em nome próprio mas no interesse, ou também no interesse, do transmitente ou de um terceiro."⁴⁶

São os casos, por exemplo, do endosso pleno de uma cambial, com a finalidade de cobrança, a transmissão da propriedade de certos bens, para fins de administração patrimonial etc, hipóteses apresentadas por Regelsberger, pois o efeito jurídico do negócio não está plenamente ajustado ao fim econômico perseguido pelas partes, mas ultrapassa esse fim. Importa notar que no negócio fiduciário esse fim econômico é realmente pretendido pelas partes, daí porque não se confun-

45 FERRARA, Francesco, *apud* Eduardo Espínola, *Negócio Fiduciário*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 184, ps. 532 e segs.

46 *Apud* LIMA, Otto de Sousa, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 162.

de com o negócio simulado: na configuração do negócio fiduciário, “o fiduciário deve ser proprietário do bem transferido, credor do crédito cedido ou transferido mediante endosso, mas não obstante comportar-se economicamente apenas como um administrador, credor pignoratício, mandatário, etc, deter a coisa, portanto, só em fidúcia.”⁴⁷

É característica do negócio fiduciário, assim, tal como destacado por René Jacquelin, a articulação entre a transmissão da propriedade e uma convenção firmada entre as partes com o fim de neutralizar os efeitos do direito real transmitido, pois embora aquela transmissão torne o fiduciário proprietário pleno e definitivo da coisa, ressalva-se que ela se efetiva só com o propósito de dar ao fiduciário as condições necessárias para administrar um patrimônio, ou para outra finalidade que as partes tiverem definido no *pactum fiduciae*, como pode acontecer com o endosso pleno de uma cambial, que, embora tornando o endossatário titular pleno do direito de crédito nela expresso, é formalizado tão-só para que se efetive a cobrança do título. Assim, muito embora consubstancie uma transmissão de propriedade, o negócio fiduciário tem o seu efeito de direito real parcialmente anulado por um pacto adjeto, como assinala Tullio Ascarelli: “o característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, ele, a uma transmissão da propriedade, mas de ser, o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde que aquele fim seja preenchido. Ao passo que os efeitos de direito real, isoladamente considerados e decorrentes do negócio adotado, vão além das intenções das partes, as ulteriores convenções obrigacionais visam justamente restabelecer o equilíbrio; é assim possível o uso da transferência da propriedade

47 Enneccerus, *apud* LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 166.

para finalidades indiretas (ou seja, para fins de garantia, de mandato, de depósito).⁴⁸

Evidentemente, a eventual neutralização, por meio do *pactum fiduciae*, do efeito do direito real transmitido, resulta exclusivamente da boa-fé, pois, uma vez transmitido o direito ao fiduciário, fica o fiduciante sujeito ao arbítrio daquele.

Tal como na fidúcia romana, se o fiduciário abusar da sua condição jurídica e alienar a coisa, o fiduciante não dispõe de ação para reivindicar a coisa, mas apenas de ação pessoal de reparação de danos, pois a venda há de ser considerada válida.

O negócio fiduciário, assim, implica a utilização de um negócio jurídico típico, como a compra e venda, por exemplo, para uma finalidade econômica diversa da causa da compra e venda, que é a troca de coisa por dinheiro, daí a desproporção entre o meio empregado e o fim que se deseja alcançar, no sentido de que o negócio típico utilizado extravasa a intenção das partes, produzindo mais consequências jurídicas do que o necessário para se atingir o fim desejado, como observa José Carlos Moreira Alves: "Assim, a compra e venda tem como causa a troca de coisa por dinheiro, e como escopo último (motivo) qualquer utilização da coisa pelo comprador como proprietário; já a compra e venda com fim de garantia (negócio jurídico indireto) é uma compra e venda (negócio jurídico típico) em que a causa é a desta (troca de coisa por dinheiro), mas em que o escopo último (motivo) não é aquele a que normalmente se visa quando se celebra uma compra e venda (qualquer utilização da coisa pelo comprador como proprietário), mas o de a coisa adquirida servir ao seu proprietário como garantia do pagamento do crédito."⁴⁹

Na linha dessa concepção, assinala José Xavier Carvalho de Mendonça que, ao celebrar negócio fiduciário, as partes o

48 ASCARELLI, Tullio, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 96.

49 Ob. cit., p. 5, nota 11.

desejam com os efeitos jurídicos que lhes são peculiares, ainda que por meio dele visem a um fim econômico diverso: "Assim, a transferência da propriedade a fim de servir de penhor ou de qualquer outra garantia; a cessão de crédito com o fim de mandato, para ser cobrado pelo cessionário. O adquirente e o cessionário figuram como donos da coisa ou titulares do direito, mas sob a confiança neles depositada pelo verdadeiro dono ou credor. Daí o nome de negócio fiduciário, isto é, que revele confiança, ou que nela se baseia."⁵⁰

Fica claro, portanto, como característica essencial do negócio fiduciário, o fato de que o meio jurídico utilizado sempre extravasa o resultado econômico objetivado, registrando-se, aí, a presença da fidúcia, vale dizer, a confiança em que o fiduciário, tendo recebido um poder jurídico formalmente ilimitado sobre a coisa que lhe foi transmitida, dele não fará uso senão para atender à finalidade definida no contrato celebrado entre ele e o fiduciante.

Disso resulta que a transmissão da propriedade ou do direito não encerra um fim em si mesma, sendo, antes, um meio para se alcançar o objetivo desejado efetivamente pelas partes, que há de ser a constituição de uma garantia, a realização de investimentos ou empreendimentos, a administração de negócios etc. Pontes de Miranda destaca os elementos da fidúcia moderna, *em sentido pós-romano*, assinalando que há uma diferenciação entre o fim técnico do negócio jurídico e o fim posterior, econômico, daí satisfazendo-se a técnica, mas pretendendo-se algo mais, que não está no negócio jurídico, pois o "negócio fiduciário é negócio jurídico mais fidúcia," *verbis*: "sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a que se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio fiduciário. Se a regra jurídica prevê,

50 MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 3. ed., 1939, vol. VI, 1ª parte, p. 85.

explicitamente, a categoria jurídica do negócio jurídico fiduciário, como acontece com os fideicomissos, tudo se passa em termos de interpretação, incidência e aplicação da lei. Se não há regra jurídica especial, ou que possa ser regra entendida como permissiva dos negócios fiduciários, o primeiro problema é o de se saber se existem, ou não, no sistema jurídico, negócios jurídicos fiduciários (...) Δ transmite a $\underline{C}$, para que $\underline{C}$ transmita a $\underline{B}$; Δ transmite a $\underline{B}$, para que $\underline{B}$ administre; Δ cede a $\underline{C}$ crédito contra $\underline{B}$, para que cobre a $\underline{B}$. O outro fim é, aí, heterotópico; está fora do negócio jurídico da transmissão. Não se confunde com o negócio jurídico simulado, porque o fim do negócio jurídico simulado foi querido, ao passo que, na fidúcia, se quer o outro fim. Ao fiduciário transmite-se o bem da vida, posto que, em virtude da natureza do negócio jurídico fiduciário, só lhe caiba proceder de acordo com a lei, se essa previu a figura jurídica, ou de acordo com as declarações ou manifestações de vontade que lhe confiaram o outro fim. O elemento novo, que há no negócio jurídico fiduciário, é a confiança, a fidúcia (em sentido pós-romano). Aquele a quem se faz a transmissão, posto que tenha todos os poderes e faculdades do adquirente e, pois, do proprietário, diante do transmitente está obrigado a exercer o seu direito de acordo com o fim da fidúcia, inclusive, se for o caso, de restituir o bem da vida que se transmitiu. No negócio jurídico fiduciário, o fim é o fim próprio do negócio, mas há outro que coincide ser o fim econômico. Dá-se, então, diferenciação entre o fim técnico do negócio jurídico e o fim posterior, econômico. Satisfaz-se à técnica, mas quer-se algo mais, plus, que não está no negócio jurídico. Em verdade, negócio jurídico fiduciário é negócio jurídico mais fidúcia. A relação jurídica daquele é uma (A); a da fidúcia é outra (B). Essa é que faz o fiduciário ter o dever e a obrigação de exercer os seus direitos, oriundos da relação jurídica (A), tal como lhe ficou confiado na relação jurídica (B). Foi F. Regelsberger, em 1880 (*Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, Archiv für die civilistische Praxis*, 63 e 173), quem designou tais negócios jurídicos como negócios fiduciários.

rios, para substituir a expressão de J. Kohler (*Studien über Mentalreservarion und Simulation, Jahrbucher für die Dogmatik*, 16, 140) 'negócio encoberto' (*verdecktes Geschäft*), não só porque o negócio da transmissão não é encoberto, nem encobre, como porque na expressão caberiam negócios simulados. Melhor seria dizerem-se 'negócios jurídicos com fidúcia', para se frisar a dualidade de relações jurídicas. Ao lado da relação jurídica, oriunda da aquisição, está a relação jurídica da fidúcia, entre o fiduciante e o fiduciário."⁵¹

2.4. Traços característicos

O negócio jurídico fiduciário, no sentido pós-romano a que alude Pontes de Miranda, é *bilateral*, *oneroso* ou *gratuito*, *principal* ou *acessório*, *solene* ou *não-solene*.

É *bilateral* porque encerra a constituição de direitos e obrigações para ambas as partes. O fiduciário assume a obrigação de dar ao bem ou direito recebido a destinação prevista no contrato e de restituí-lo ao fiduciante ou a terceiro indicado no ato de constituição da fidúcia; o fiduciante, por sua vez, assume a obrigação de implementar todas as formalidades necessárias à efetiva transmissão do bem ou direito e de respeitar a titularidade do fiduciário, além de outras obrigações que o *pactum fiduciae* possa prever. Especificamente no negócio fiduciário para fins de garantia, são peculiares determinadas restrições que se impõem ao fiduciário, podendo este assumir as obrigações compatíveis com aquelas restrições (deixar de exercer certos direitos inerentes à propriedade, aguardar o decurso de certos prazos etc.).

O negócio fiduciário será *oneroso*, se o fiduciante transmitir a propriedade com vistas a uma correspondente contraprestação que se impuser ao fiduciário, ou se este tiver, na

51 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. III, ps. 115/117.

contrapartida, o direito de obter uma prestação do fiduciante; será *gratuito* se o fiduciante transmitir a propriedade independente de qualquer contraprestação ou se o fiduciário a receber independente de contraprestação do fiduciante.

Pode o negócio fiduciário ser *principal*, como são os casos em que a transmissão da propriedade se dá para efeito de administração patrimonial, ou *acessório*, quando a transmissão da propriedade se efetiva para fins de garantia, como nos contratos de empréstimo em geral, em que este, o de empréstimo, é o contrato principal.

Pode o negócio fiduciário ser *solene*, quando para a transmissão da coisa ou do direito se exige forma prescrita em lei e a observância de certas formalidades, como, por exemplo, a transmissão de um direito real, em que se exige o assentamento do ato no Registro competente, ou *não-solene*, quando para a transmissão da coisa ou do direito se requeira simples tradição, como é o caso da coisa móvel ou de título ao portador.

São sujeitos da relação fiduciária o *fiduciante*, o *fiduciário* e o *beneficiário*. O *fiduciante* é aquele que transmite a titularidade de um direito, para proveito dele ou de um beneficiário; *fiduciário* é aquele que adquire o direito, e, simultaneamente, assume a obrigação de destiná-lo à realização de determinado fim; *beneficiário* é aquele, por indicação do instituidor, ou fiduciante, que aufera os proveitos da administração do bem, tendo o direito de receber os frutos da coisa e/ou a própria coisa.

O fiduciário terá direito à remuneração que for estipulada no ato constitutivo do negócio fiduciário.

O objeto do negócio fiduciário há de ser sempre determinado, podendo ser coisa, móvel ou imóvel, ou direito.

2.5. Estrutura do negócio fiduciário

Na formalização do negócio fiduciário opera-se a transmissão da propriedade de um bem ou da titularidade de um

direito, do fiduciante para o fiduciário, e, simultaneamente a essa aquisição por parte do fiduciário, verifica-se a aquisição de direitos, pelo fiduciante, em decorrência da relação obrigacional vinculada ao negócio de transmissão da propriedade ou da titularidade.

Em razão dessa dúplici constituição de direitos, registram-se divergências na doutrina quanto à estrutura do negócio fiduciário.

Para alguns, trata-se de uma estrutura complexa, composta de dois negócios, dois atos de natureza distinta; para outros, não se justifica o desmembramento do negócio em dois atos, pois, ao convencionar o negócio fiduciário, a vontade das partes é a de realizar um único negócio, que seria composto por duas partes, permeado pela *causa fiduciae*. No primeiro caso, resultaria o negócio fiduciário da conjugação de dois contratos, quais sejam, um *contrato real positivo*, que tem como objeto a transferência normal do direito de propriedade ou do direito de crédito, e outro, *contrato obrigatório negativo*, pelo qual se estipula a obrigação do fiduciário de restituir a coisa, depois de cumprir a finalidade para a qual foi transmitida. Trata-se da tese dualista.

Já no segundo caso, que consubstancia a tese unitária ou monista, o negócio fiduciário seria um só negócio, decorrendo da *causa fiduciae* (1) efeitos reais, oponíveis *erga omnes*, e (2) efeitos obrigacionais, de alcance interno, cuja função seria contingenciar a eficácia real do contrato.

Francesco Ferrara assinala que “o negócio fiduciário é uma forma complexa que resulta da união de dois negócios de índole e efeitos diferentes, colocados em recíproca oposição,” assim discorrendo sobre os dois negócios — *contrato real positivo* e *contrato obrigatório negativo*: “Este segundo contrato tende a reservar ao fiduciante uma certa influência sobre a coisa transmitida, de modo que possa impor ao fiduciário o usar somente de sua posição jurídica para determinados fins, e obrigá-lo à restituição do direito ou da equivalência obtida; e, em caso de violação, obter a indenização do dano. Esta

influência, no entanto, é puramente indireta, porquanto a convenção negativa não afeta a eficácia real da transmissão; não a limita nem subordina — a transferência da propriedade ou do crédito subsiste pura e incondicionada — antes se trata de uma proteção indireta por meio de uma obrigação pessoal do fiduciário. Assim, pois, o transmitente, uma vez despojado definitivamente do seu direito, não pode reclamá-lo já, não pode voltar a tirá-lo das mãos do fiduciário ou de terceiros, e possui somente um direito de crédito para sua restituição. Os dois negócios, o real e o obrigatório, caminham paralelamente entre si e ficam de certo modo independentes, mesmo quando o segundo representa um constrangimento a não abusar da eficácia do primeiro⁵².

Em sentido contrário, na doutrina portuguesa, Orlando de Carvalho⁵³ distingue a *causa fiduciae* da causa típica do negócio, conceituando-a como a força oriunda da *fides* que *liga o adquirente*, e que é capaz de transformar um proprietário pleno praticamente num mandatário ou num credor hipotecário, *que consegue vincular a propriedade aos limites do crédito, superando o contra-senso jurídico que representa equiparar os dois termos*.

No mesmo sentido, observa Massimo Nuzzo que o negócio fiduciário é *negócio causal uno e incindível que se projeta na direção de um escopo unitário*⁵⁴ composto por duas partes e *instrumentalmente* dirigido a um escopo diverso do fim típico.

A doutrina brasileira, de modo geral, não se detém na questão da estrutura do negócio fiduciário, acompanhando a

52 *Apud* LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 185.

53 CARVALHO, Orlando de, *Negócio jurídico indireto*. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, suplemento X/1, 1952, *apud* MARTINS-COSTA, Judith, *Negócios Fiduciários — Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no Direito Brasileiro*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 657, ps. 37 e seguintes.

54 *Apud* MARTINS-COSTA, Judith, ob. e p. cit.

concepção de Ferrara⁵⁵. José Carlos Moreira Alves assinala que as duas concepções dualista e monista ainda encontram adeptos, embora dominante a primeira, concluindo, como Barea, que o indispensável para que se configure um negócio fiduciário é a *situação de perigo* limitado pelo *jogo da fides*, de modo que, não existindo a possibilidade de *abuso*, o que se tem é a *fidúcia legal*, não havendo como falar-se em negócio fiduciário⁵⁶.

A nosso ver, a concepção unitária deve prevalecer, pois, ao formalizar o negócio fiduciário, não têm as partes intenção de destacar dois atos com finalidade distinta, mas, sim, celebrar um único negócio que, embora tenha uma função real e uma função obrigacional, visa estabelecer uma conexão entre essas duas funções, produzindo um complexo de modificações subjetivas da relação jurídica preexistente, de uma parte, mediante a transmissão de domínio, e, de outra parte, mediante a simultânea constituição de obrigações vinculadas àquela transmissão de domínio. Na relação fiduciária, a vontade das partes não é desvincular os efeitos do negócio, mas, ao contrário, é estabelecer rigorosa interdependência entre a transmissão de domínio e a constituição de obrigações, havendo perfeita compatibilidade entre os efeitos do contrato, pois, como observa Massimo Nuzzo, não obstante seja o negócio composto por duas partes, é dirigido a um escopo diverso do fim típico.

De outra parte, não há como negar que o ato de transmissão de domínio e o de constituição de obrigação, embora interdependentes e conexos, têm intensidade e eficácia distintas. De fato, em razão de sua oponibilidade *erga omnes*, o direito real que se constitui no negócio fiduciário se mostra mais eficaz do que o vínculo obrigacional nele estabelecido, que não é oponível *erga omnes*, ficando clara a posição privilegiada em que se encontra o fiduciário, comparativamente com

55 MARTINS-COSTA, Judith, ob. e p. cit.

56 Ob. cit., p. 22.

a posição do fiduciante, que tem apenas um direito pessoal de obter a satisfação da obrigação assumida pelo fiduciário. Dessa maior tutela jurídica que privilegia o fiduciário resulta uma *situação de perigo* para o fiduciante, pois as ações de que este dispõe para obter o cumprimento do *pactum fiduciae* podem se mostrar ineficazes se o fiduciário se tornar insolvente; é que o fiduciário, sendo titular pleno da propriedade do bem ou da titularidade do direito objeto da fidúcia, em relação a terceiros, poderia desviar-se do fim estipulado no *pactum fiduciae* ou pode abusar de sua condição de proprietário. Efetivamente, esse *poder de abuso* é peculiar ao negócio fiduciário, em face da posição de inferioridade em que se coloca o fiduciante, que antes da celebração do negócio era o titular do domínio; uma vez transmitida a titularidade ao fiduciário, fica este em condições de transmitir a coisa ou o direito, porque, perante terceiros, é ele o proprietário da coisa ou titular do direito.

2.6. Negócio fiduciário e negócio simulado

Importa notar que não raras vezes são os negócios fiduciários confundidos com os negócios simulados. Entretanto, percebe-se com facilidade a distinção entre ambos.

Com efeito, na simulação existe uma discrepância entre a natureza do contrato ostensivamente celebrado (simulado) e oponível *erga omnes*, e a natureza do contrato efetivamente estipulado pelas partes e só oponível internamente, entre as partes. Observa Pontes de Miranda que para que se caracterize o defeito do ato simulado, é essencial “que haja a intenção de prejudicar terceiros ou de violar regra jurídica, sendo tal intenção o elemento necessário do suporte fático de qualquer dos incisos do art. 102 do Código Civil.” Prossegue aquele autor salientando que “se a simulação foi absoluta, *nada feito*, pois nada suscita; *simulata non valent*. Se foi relativa, isto é, se algo se quis, embora não apareça, e o que se quis tem alcance nocivo, o ato jurídico existe, e, embora os figurantes não a possam alegar, os

terceiros prejudicados ou o Ministério Público podem promover a anulação *do que existe e aparece*.”⁵⁷

Diferentemente, no negócio fiduciário não se tem uma aparência, mas uma realidade, pois, como observa Pontes de Miranda, ele é porque exprime *um efetivo e sério querer*, a despeito de uma discrepância entre a finalidade a atingir e o meio jurídico empregado para alcançá-lo. A essência, pois, da distinção entre o negócio fiduciário e o simulado está no processo de formação da vontade, na medida em que é nele que se verifica se ocorreu ou não a intenção de enganar que caracteriza a simulação.

Francesco Ferrara assinala os pontos essenciais em que o negócio fiduciário se distingue do negócio simulado, a saber:

a) o negócio simulado é negócio ficto, não real; o negócio fiduciário é negócio efetivamente desejado pelas partes e existente;

b) o negócio simulado se realiza com o propósito de suscitar uma aparência, uma ilusão, enquanto que o negócio fiduciário é realizado com o propósito de suprir uma lacuna do ordenamento;

c) o negócio simulado é negócio único, jejuno de consentimento, enquanto que o negócio fiduciário consubstancia a articulação de dois negócios sérios, um de natureza real, outro, obrigacional, em parte elidentes;

d) o negócio simulado não visa resultado econômico diferente do jurídico; já o negócio fiduciário se caracteriza pela incongruência entre o meio jurídico empregado e o resultado econômico do contrato;

e) o negócio simulado é absolutamente nulo, daí porque não opera a transmissão do direito, continuando o simulante proprietário.⁵⁸

57 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, t. 4, p. 373 e 375.

58 *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*, p. 55, *apud* GOMES, Orlando, *Alienação fiduciária em garantia*. 4. ed. São Paulo: RT, 1975, p. 25.

Assim, na interpretação do negócio, é indispensável que se examine o processo de formação da vontade, para se identificar aquilo que efetivamente foi desejado pelas partes, com o que se poderá saber se ocorreu ou não a intenção de enganar que caracteriza a simulação.

2.7. Responsabilidade do fiduciário

O fiduciário responde por seus atos ao instituidor, ao beneficiário e a terceiros, podendo ser destituído se negligenciar no cumprimento dos seus deveres.

2.8. Validade e eficácia dos negócios fiduciários

Em regra, o negócio fiduciário encerra atos válidos, sempre que a transmissão de propriedade ou de titularidade de coisa ou direito, que consubstancie, tenha sido convencionada de acordo com a lei. Assim, dado que as partes sejam capazes, o objeto seja lícito e haja forma prescrita ou não defesa em lei, reveste-se o negócio fiduciário de plena validade e eficácia.

Antão de Moraes invoca Francisco Messineo, para quem “o contrato fiduciário, como contrato inominado, é lícito, salvo se se propuser à realização de interesses não merecedores de tutela ou de caráter ilícito,” salientando que “Em face do Código Civil brasileiro a questão não oferece dificuldade. Desde que as partes sejam capazes, o objeto lícito e haja forma prescrita ou não defesa em lei (Código Civil, art. 82), o negócio fiduciário será inatacável. Assim tem sido entendido (ESPÍNOLA, ‘Manual’, v. 3, parte I, nº 112, págs. 470-474; CARVALHO SANTOS, comentário ao art. 102, v. 2, pág. 385, segunda edição)⁵⁹.”

Se, entretanto, o negócio fiduciário ocultar manobras fraudulentas, não será válido, não produzindo qualquer efeito,

59 *Apud* LIMA, Otto de Souza, ob. cit., p. 213.

como seria inválido e sem qualquer efeito o próprio ato típico, pois vicia o ato o elemento de violação do preceito legal, utilizado pelas partes para fugir ao balizamento da lei, mediante artifícios ou acomodações, como observa Francisco Campos: "Ora, o princípio que rege os negócios indiretos é que estes se terão por proibidos toda vez que tiverem por fim ou função produzir os efeitos que a lei, ao vedar os negócios diretos, visa a proibir."⁶⁰

Assim, o negócio fiduciário há de ser ilícito se foi praticado com o fim de frustrar a aplicação da lei, iludir a finalidade da lei ou atingir um fim proibido pela lei, como, por exemplo, seriam ineficazes e sem qualquer efeito os atos de transmissão de propriedade ou de oneração de bens feitas em fraude de execução (Código de Processo Civil, art. 593)⁶¹.

2.8.1. Efeitos do negócio fiduciário nas hipóteses de insolvência

Segundo a estrutura peculiar do negócio fiduciário, uma vez concluída sua formalização, com o eventual registro da transmissão da propriedade, quando for o caso, o fiduciário passa a ser o titular pleno do bem ou do direito; incorporado ao seu patrimônio, passa o bem ou o direito a constituir garantia dos seus credores. De outra parte, o fiduciante, depois de efetivada a transmissão, deixa de ser o titular do bem ou do direito, passando a ter um direito de crédito contra o fiduciário.

60 *Direito Civil*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1956, 1ª ed., p. 243.

61 Código de Processo Civil:

Art. 593 — Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I — quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II — quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III — nos demais casos expressos em lei.

Dada essa estruturação, a insolvência produz, logicamente, duas conseqüências básicas: se insolvente o fiduciário, o bem transmitido em fidúcia integrará o ativo da massa e será arrecadado, não se conferindo ao fiduciante outro direito senão o de credor, pois, em decorrência do *pactum fiduciae*, passou a ser apenas titular de um crédito contra o fiduciário; se insolvente o fiduciante, integrariam a massa somente o direito de crédito que este tem contra o fiduciário.

Não obstante essa inequívoca conseqüência lógica, alguns autores, como Regelsberger e Köhler, procuram abrandar os efeitos da quebra do fiduciário, negando-lhe, nessa hipótese, o direito absoluto e irrestrito sobre a propriedade; sustentam que o fiduciante, à falta de normas positivas, teria uma pretensão *reivindicatio utilis*, invocando, para tanto, a natureza complexa do negócio fiduciário. Aduz Köhler que os efeitos pretendidos pelas partes são os do mandato e que, assim, a impossibilidade de recuperação do bem por parte do fiduciante constituiria uma conseqüência tão cruel que o direito não admitiria. Contrapondo-se a essa construção, Francesco Ferrara deixa claro que não cabe ao fiduciante qualquer direito de separação, já que, com a transmissão da propriedade, adquire o fiduciário a titularidade plena e irrestrita do bem, que, obviamente, estando no patrimônio do fiduciário, sofrerá os efeitos da sua insolvência. Observa Ferrara que a conseqüência cruel a que alude Köhler é o resultado natural do negócio fiduciário, é a própria vontade que as partes manifestaram ao constituí-lo, acrescentando: "Também aqui turvaram o problema sentimentos de equidade mal compreendidos. Admira que escritores como Regelsberger e Köhler, que concebem tão exatamente o negócio fiduciário, se tenham deixado influenciar por uma suposta injustiça econômica, e neguem também a referida conseqüência, admitindo que o transmitente possa recobrar os bens com exclusão dos credores da falência. Semelhante resultado, isto é, que o objeto do negócio fiduciário seja compreendido na massa, contradiz, segun-

do Köhler, a posição patrimonial a que tendiam as partes, visto que só queriam conseguir com o conjunto da operação a finalidade econômica do mandato. Seria esta, na opinião do mesmo autor, uma consequência tão cruel que o Direito não poderia aprová-la, e por isso se deve admitir a favor do fiduciante uma *reivindicatio utilis*.⁶²

Entre nós, Pontes de Miranda chama a atenção para o fato de que o *pactum fiduciae* não tem eficácia real, e que, portanto, transmitida a propriedade para o fiduciário, pode o bem ser objeto de excussão por parte dos credores deste, inclusive execução concursal. Entretanto, pondera: “Mas, de acordo com os princípios, o fiduciante é credor concursal, ou o é o terceiro a quem deve ser devolvido o bem da vida, pelo seu direito à devolução. O direito à separação ou restituição da coisa (Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 75-79),⁶³ ou a pretensão à execução por coisa certa (Código de Processo Civil, arts. 992-997)⁶⁴ só existe se a transferência se deu sob condição resolutiva e essa se realizou. Na execução concursal do fiduciante, o fiduciário pode exercer o seu direito à restituição ou separação, salvo se o alcança alguma regra jurídica dos arts. 52-58⁶⁵ do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Se a transmissão foi para garantia, o credor fiduciário tem direito à restituição ou separação, quanto a todo o objeto, enquanto não se lhe paga a dívida. O síndico da execução concursal apenas pode exigir que se venda o bem e se entregue o resto à massa concursal. O mesmo se há de observar quanto à cessão de crédito para garantia: o crédito não entra no concurso, porque não é mais do fiduciante, posto

62 *A simulação dos negócios jurídicos*, Saraiva & Cia, São Paulo, 1ª ed., 1939, p. 88, *apud* LIMA, Otto de Sousa, *ob.*, cit., p. 148.

63 Referem-se à restituição (arts. 86-93 da Lei nº 11.101/2005).

64 Refere-se ao CPC de 1939.

65 Referem-se à ineficácia e à revogação dos atos praticados antes da falência (arts. 129-138 da Lei nº 11.101/2005).

que o resto do que se apurar se haja de entregar à massa concursal. Num e noutro caso, a venda do bem ou a cobrança do crédito não é feita pelo síndico.⁶⁶

O pronunciamento exprime com clarividência os efeitos da insolvência, exceto quanto à ressalva alusiva à condição resolutiva (*o direito à separação (...) só existe se a transferência se deu sob condição resolutiva e essa se realizou*), pois, como se sabe, na fidúcia romana a transmissão se fazia de maneira plena, sem condição resolutiva. De outra parte, é controvertida a faculdade que teria o síndico de exigir a venda do bem, entregando-se à massa o que sobejar; para alguns, o síndico da massa do fiduciante não pode exigir a venda do bem porque este é propriedade plena do fiduciário, enquanto que outros entendem que se trata da hipótese do art. 117 da Lei de Recuperação de Empresa e de Falência, que prevê a possibilidade de cumprimento dos contratos do falido, circunstância em que aplicar-se-iam as estipulações do *pactum fiduciae*, com a eventual restituição do sobejo.

Em suma, o fiduciante carece de direito real, tendo se desvinculado do bem ou do direito quando transmitiu a propriedade ao fiduciário, passando a ter somente direito de crédito; a insolvência do fiduciário é um dos riscos a que o fiduciante está sujeito quando celebra o negócio fiduciário, é uma *situação de perigo* tanto quanto o é a possibilidade de o fiduciário vender a coisa a terceiros, contra os quais o fiduciante carece de ação reivindicatória.

Quando o bem objeto da fidúcia estiver na posse do fiduciante insolvente, admite-se o direito do fiduciário de requerer a separação, mesmo que seu valor exceda o valor da dívida, assegurado à massa, com o pagamento, o direito de recobrar a propriedade e a posse da coisa. De outra parte, considerando os sistemas pelos quais a transmissão da propriedade só se

66 Ob. cit., vol. III, p. 119.

efetiva mediante assentamento no Registro competente, deve o bem integrar a massa do fiduciante se tal assentamento ainda não tiver sido efetivado quando da decretação da quebra ou dentro do termo da falência.

Do que precede, resulta claro que as conseqüências da insolvência do fiduciário tornam o negócio fiduciário, na configuração de negócio inominado de cunho romano, absolutamente imprestável para garantia das operações de crédito que se realizam em larga escala na economia moderna, ou para a administração fiduciária do tipo dos fundos de investimento, pois nada justificaria colocar a grande massa de investidores sob o risco de figurar apenas como credores quirografários na hipótese de quebra (ou liquidação extrajudicial) do fiduciário.

Por isso mesmo, para aplicação em larga escala, envolvendo o interesse da grande massa de investidores, negócios de natureza fiduciária só são admissíveis se vierem a ser regulamentados pelo direito positivo — quando passariam a ser tidos como *negócios fiduciários impróprios* —, hipótese em que (1) a propriedade da coisa ou do direito objeto do negócio ou da garantia haveria de submeter-se a limitações que a vinculassem ao fim convencionado no contrato, promovendo-se a afetação da coisa ou do direito, e (2) a coisa ou o direito haveria de constituir um patrimônio funcionalmente autônomo, um núcleo patrimonial separado em relação aos patrimônios do fiduciante e do fiduciário, patrimônio esse que somente existiria enquanto perdurasse a razão de ser da fidúcia.

Essa é, em linha de princípio, a orientação adotada pelas mais recentes legislações que vêm regulamentando a matéria, como é o caso da nossa Lei dos Fundos de Investimento Imobiliário (Lei nº 8.668, de 1993), pela qual, para constituição dos fundos, os bens são adquiridos no próprio nome da administradora, mas em caráter fiduciário, pelo que não ingressam em termos plenos no ativo desta, nem com ele se comunicam, não podem ser objeto de execução por dívidas da administra-

dora etc., devendo ser averbadas no competente Registro de Imóveis as restrições impostas à administradora (art. 6º).

2.9. Modalidades de negócios de natureza fiduciária

Conforme a finalidade, distinguem-se, na prática, duas modalidades de negócio fiduciário, isto é, a de garantia e a de administração, nesta última compreendidas a de gestão, propriamente, e a de investimento.

A classificação dos negócios fiduciários segundo as finalidades de *administração* ou de *garantia* coincide com as modalidades de fidúcia do direito romano, ou seja, a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*, destacadas por Gaio⁶⁷.

2.9.1. Venda com escopo de garantia

No negócio fiduciário para garantia tem-se um contrato acessório, na medida em que o fiduciante transmite ao fiduciário um bem ou direito para garantia do cumprimento de uma obrigação, facultando-se a esse credor, em caso de mora do devedor, a satisfação do seu crédito mediante a utilização do bem ou direito, geralmente mediante venda em hasta pública.

Essa é, historicamente, a primeira forma de negócio fiduciário, correspondendo à *fiducia cum creditore* do direito romano. Observa Francesco Ferrara que, por esse pacto, o credor fica obrigado à retrocessão do direito ao alienante, sendo certo que essa operação “não deve considerar-se como uma *datio in solutum*, mas sim como uma garantia acessória do mesmo crédito, contida na forma jurídica mais ampla da transferência do domínio.”⁶⁸

67 *Institutas*, § 60, II: *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod totius nostrae res apud eum essent...*

68 *Apud* LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 224.

Aspecto relevante na venda com escopo de garantia diz respeito ao preço.

Como é sabido, os elementos essenciais da compra e venda são a coisa, o preço e o consenso, sendo o preço a contraprestação do comprador. Tem o preço as seguintes características, segundo Carvalho Santos: "Três requisitos pedia o preço, no Direito antigo: devia ser *certum*, *justum* e *verum*, ou seja, certo, equivalente e verdadeiro. Vale dizer: não podia ser incerto, tendo que ser ao menos determinável, nem tampouco irrisório nem fictício, porque isso desvirtuaria o contrato, tal como é concebido."⁶⁹

Dado o conceito de preço, poder-se-ia questionar a validade do contrato de venda com escopo de garantia se figurasse preço vil no contrato, mas eventuais desproporções não afetam a validade e eficácia do contrato, considerando a finalidade para a qual ele é celebrado.

Com efeito, eventuais disparidades entre o valor do bem e a dívida garantida não desnaturam o negócio, nem o invalidam, pois, na verdade, a venda com escopo de garantia não é feita com o propósito de transmitir a propriedade de forma definitiva para o fiduciário, não se confundindo com a dação em pagamento, daí porque não poderá o débito ser considerado extinto mediante simples compensação com a coisa. Evidentemente, nessas hipóteses o preço há de ser sempre inferior ao valor do imóvel, pois o preço, na venda com a finalidade de garantia, há de corresponder ao valor da dívida e não ao valor do imóvel, assinalando Messina que "a compra não deixa de ser compra ainda que o preço seja desproporcionalmente baixo, ou que não exista equivalência econômica entre as duas prestações."⁷⁰ Essa desproporção não é relevante porque, na verdade, não encerrando o negócio uma dação em pagamento,

69 SANTOS, J. M. de Carvalho, *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, v. XVI, p.23.

70 Ob. cit., p. 72.

não pode o fiduciário ficar com a coisa como compensação, sendo certo que deverá vendê-la para pagar-se, restituindo ao fiduciante o que sobejar.

2.9.2. Cessão fiduciária de crédito

Uma das hipóteses mais comuns de negócio fiduciário é a cessão fiduciária de crédito, para fins de garantia, de cobrança ou mesmo de compensação, todas elas largamente utilizadas no sistema financeiro.

A essa modalidade de negócio aplicam-se, *mutatis mutandis*, os princípios da venda com escopo de garantia.

Por meio da cessão, o cessionário é investido da condição de credor, com todos os poderes inerentes a este, inclusive o de valer-se de todas as ações e execuções a que o credor está legitimado, mas, recebendo o crédito, não pode ficar com o produto, apenas retendo-o até que o devedor-cedente pague sua dívida⁷¹.

2.9.3. Negócio fiduciário para administração

Exemplificando essa hipótese de negócio fiduciário, Giuseppe Messina refere-se à pretensão de A de conceder a B poderes para administrar seus bens, mas, não considerando suficientes os poderes de um mandato, transmite a B a propriedade; depois de atingido o objetivo de A, ou depois de removida a causa que impedia A de implementar tal administração, como, por exemplo, uma viagem que o impedisse de cuidar dos bens, então B deverá restituir a propriedade dos bens, prestando contas e respondendo por sua gestão⁷².

71 Essa modalidade de cessão fiduciária foi adotada no direito positivo brasileiro, nos termos dos arts. 18 a 20 da Lei n° 9.514/97 e dos §§ 3° e 4° do art. 66B da Lei n° 4.728/65, com a redação dada pelo art. 55 da Lei n° 10.931/2004.

72 Ob. cit., p. 8.

O negócio fiduciário de administração se faz para propiciar ao fiduciante, ou ao beneficiário, a conservação, administração ou exploração de um bem ou direito de propriedade do fiduciante, propiciando-lhes melhor aproveitamento; opera-se a transmissão da propriedade ou titularidade para facilitar ao fiduciário a administração, com a flexibilidade e celeridade que exigem os negócios de modo geral.

Atualmente, esta é uma das hipóteses mais freqüentes e que desperta maior interesse, dada sua relevância na economia contemporânea. É o caso típico dos fundos de investimento, em que o fiduciante entrega ao fiduciário certa soma de dinheiro para que faça inversões em negócios que dêem rentabilidade e promova sua administração, com a obrigação do fiduciário de restituir o capital e seus rendimentos. Nessa modalidade de negócio as instituições administradoras devem ser previamente credenciadas pelas autoridades monetárias, devendo, para tanto, preencher determinados requisitos, e são submetidas a rigoroso controle e fiscalização por parte dessas autoridades, dado o interesse público que envolve a economia popular.

No negócio de administração é também muito comum a gestão de negócios imobiliários.

2.9.3.1. Negócio fiduciário para recomposição de patrimônio

Está compreendido no negócio fiduciário para fins de administração. Trata-se da hipótese de uma pessoa que, tendo seu patrimônio onerado, mas não sendo insolvente, transfere-o a outrem, para que o recomponha, uma vez que ele, o titular do patrimônio, não se sente em condições pessoais ou técnicas de promover essa recuperação. Alcançada a recomposição, o fiduciário restituirá a propriedade ao fiduciante.

2.9.3.2. Cessão fiduciária para fins societários

É a hipótese do acionista de sociedade anônima que, por qualquer razão, julga inconveniente dar, pessoalmente, votos

de desconfiança aos administradores e, por isso, atribui a outra pessoa esse encargo, transmitindo-lhe a titularidade fiduciária das ações.

A permissão para negociação fiduciária de ações inspira-se no princípio de que os negócios fiduciários, como instituto de ampla aplicação, abrangem a transmissão de bens ou direitos, bem como a assunção de obrigações abstratas.

É uma das hipóteses de negócio fiduciário para fins de administração, que se ajusta ao conceito da *fiducia cum amico*, pela qual o acionista-fiduciante transfere a titularidade das ações ao fiduciário, estabelecendo com este as condições em que deverá exercer essa titularidade e restituí-la após a consecução da finalidade. Francesco Ferrara assim conceitua a fidúcia para fins societários: "A cessão de ações duma sociedade faz aparecer a figura do acionista fiduciário, o qual, na opinião de muitos comercialistas, é um acionista fictício, um testa-de-ferro; mas, na realidade, não é exata nem sequer a opinião mais autorizada, sustentada por VIVANTE, que vê naquele um mandatário do sócio, em seu próprio nome. Não, o fiduciário é um verdadeiro acionista, proprietário efetivo da ação, tanto nas relações internas como nas externas, e por isso exerce legitimamente os direitos sociais e intervém nas assembleias, sem que o fim econômico da representação seja mais do que o motivo da transferência. Ao transmitente somente corresponde um direito pessoal em relação ao cessionário para o obrigar a manter-se dentro da finalidade que motivou a transferência e para obter, portanto, eventualmente, a retrocessão da ação alienada."⁷³

Efetivamente, considerada a estrutura do negócio fiduciário propriamente dito, a configuração de Ferrara é irretocável. Entretanto, a caracterização atual da cessão fiduciária de ações do capital de sociedade anônima, regulamentada no direito positivo, como ocorre à luz dos arts. 40, 100 e 113 da Lei

73 *Apud* LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 231.

nº 6.404, de 1976, contempla amplo tratamento dessa modalidade de contrato, inclusive com o estabelecimento de restrições à titularidade do fiduciário; com fundamento nessa lei, o direito de voto do fiduciante fica preservado, mas restringe-se sua exeqüibilidade, nas condições que o contrato estipular, ao dispor que “o credor garantido por alienação fiduciária da ação não poderá exercer o direito de voto; o devedor somente poderá exercê-lo nos termos do contrato.”

2.10. Extinção do negócio fiduciário

O negócio fiduciário extingue-se:

- a — pelo decurso do prazo ou realização do seu fim;
- b — pela revogação;
- c — pela renúncia do beneficiário;
- d — pelo distrato.

2.11. O negócio fiduciário na jurisprudência brasileira

No Brasil, o negócio fiduciário é admitido pela doutrina e pela jurisprudência, como observa Maria Helena Diniz⁷⁴, que aponta dentre as figuras negociais fiduciárias reconhecidas a compra e venda com fins de garantia, a venda com fins de administração e a venda para recomposição de patrimônio.

Nosso direito positivo, entretanto, não contempla uma regulamentação genérica do negócio fiduciário, a despeito da tentativa feita através do Projeto de Lei nº 3.236/57, do Anteprojeto do Código de Obrigações de 1965 e do Projeto de Lei nº 4.809/98,⁷⁵ havendo, tão-somente, algumas normas legais isoladas para hipóteses específicas, adiante mencionadas.

74 DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. III, p. 432.

75 Reproduz anteprojeto proposto com a presente monografia, em 1998.

A jurisprudência brasileira, embora escassa, reconhece os negócios fiduciários propriamente ditos, admitindo que, com base na autonomia da vontade e na liberdade contratual, é lícita a criação de negócios jurídicos inominados, desde que tal criação não afronte o ordenamento jurídico, a ordem pública ou a moral, revestindo-se, portanto, de plena validade e eficácia.

São ilustrativas as ementas dos acórdãos seguintes:

"O negócio fiduciário há de ser inatacável, desde que as partes sejam capazes, o objeto lícito e haja forma prescrita ou não defesa em lei, na conformidade com o que dispõe o art. 82 do CC, porquanto apesar de se tratar de contrato sui generis, é autônomo e independente, revestindo-se de toda a validade e eficácia." (TJMG, Ap. Cível 27.069, Rel. Des. Edílio Fernandes, RF, 218/164).

.....
"Venda de imóveis, em confiança, a genro e filha, com anuência dos demais descendentes, para o fim de saldarem eles, com a renda das propriedades, certo débito hipotecário — Devolução obrigatória dos prédios uma vez paga a dívida — Recusa injustificada — Caso de simulação inocente, não conflitante com a hipótese — Admissibilidade de todos os meios de prova, inclusive a indiciária e a circunstancial, na falta de ressalva expressa — Ação de enriquecimento julgada procedente — Voto vencido (5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. 38.927, RT, 184/635).

.....
"NEGÓCIO FIDUCIÁRIO — Conceituação — Efeitos — Ação restitutória procedente — Condenação do vencido ao pagamento de honorários de advogado — Culpa contratual manifesta.

Quando o fiduciário, abusando de sua situação e iludindo a confiança que nele depositara o fiduciante, reter inde-

vidamente em seu poder o bem ou direito que lhe foi transmitido, e se recusar a restituí-lo, pode este reivindicá-lo, nos termos do pacto fiduciário” (4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. 47.771, RT 188/163).

.....
“O negócio fiduciário encerra uma transação válida, efetivamente realizada e formalmente em ordem. O proprietário a quem se transferiu a coisa o é realmente perante a lei e terceiros. Guarda somente, para com o alienante, um pacto de fidúcia que o obriga a lhe retransmitir a propriedade. Quebrada a fidúcia, pelo não cumprimento da obrigação pessoal assumida pelo fiduciário, não deixa este de continuar como proprietário legítimo; e nem pode a transação formal ser anulada por vício inexistente, tal seja o de simulação, pois, em suma, o negócio se efetivou segundo a vontade das partes” (4ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, ap. 29.651, RT 292/505).

.....
“É válido o negócio fiduciário desde que, através dele, não se desrespeite a lei, nem se venha a causar prejuízo a terceiro.” (4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. 166.166, RT, 402/135).

Capítulo III

A Fidúcia Legal

3.1. Introdução

É controvertida a posição da doutrina quanto à possibilidade e à conveniência de ser conferido tratamento sistemático ao negócio fiduciário, mediante a construção de figura tipificada em lei.

Entendem alguns que, caracterizando-se o negócio fiduciário pela situação de perigo em que se encontra o fiduciante, que poderia ensejar abuso de poder por parte do fiduciário, a ausência dessa situação de perigo descaracteriza a natureza *fiduciária* do negócio. De fato, como o fiduciário tem a plena propriedade ou titularidade sobre o bem ou direito transmitido em fidúcia, em face de terceiros, pode desviar-se da finalidade estipulada no *pactum fiduciae* ou pode se utilizar do bem ou do direito de forma abusiva. Encontra-se o fiduciante, assim, em situação de desvantagem jurídica ou de perigo em razão da disparidade de tutela jurídica conferida ao fiduciante e ao fiduciário, circunstância que encerra a configuração de um poder de abuso por parte do fiduciário. Por isso mesmo, José Carlos Moreira Alves entende que “negócios jurídicos típicos, como a alienação fiduciária em garantia, não podem ser considerados como negócios fiduciários propriamente di-

tos.”⁷⁶ Outros, entendendo ainda presente o elemento *confiança*, mesmo nas espécies já regulamentadas, admitem a possibilidade de se incluírem estas no gênero compreendido pelos negócios fiduciários, com os quais não se confundem⁷⁷.

Na América Espanhola, onde a experiência legislativa sobre o tema é fecunda, a corrente majoritária dos autores admite a inclusão da fidúcia na sistemática do direito positivo, vendo o fideicomisso como uma espécie de negócio fiduciário e sustentando que ambos os negócios têm em comum os seguintes aspectos:

- a) presença de dois sujeitos;
- b) transmissão de um bem ou direito de um a outro, como relação real;
- c) obrigação pessoal do adquirente (fiduciário) perante o alienante (fiduciante) de dar determinada destinação ao bem ou direito transmitido;
- d) afetação do bem ao fim estipulado no instrumento do fideicomisso⁷⁸.

Não obstante a controvérsia, o direito positivo vem delineando o contorno de novas figuras contratuais dotadas dos traços característicos da fidúcia e a elas vem emprestando a designação *fiduciária*, seja porque seu modelo tem como fonte de inspiração a fidúcia romana, seja porque, mesmo com a limitação dos poderes do fiduciário, ainda se registra a presença da confiança nessas figuras regulamentadas.

A questão realmente comporta controvérsia e — considerada a disseminação dos negócios modernos em que se utiliza a transmissão da propriedade para fins de administração (no-

76 Ob. cit., p. 23.

77 GOMES, Orlando, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 32, e NETO, Paulo Restiffe, *Garantia fiduciária*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, p. 20.

78 LISOPRAWSKI, Silvio V, *Fideicomiso*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 129.

tadamente nos investimentos) ou garantia, aliada à complexidade e aos elevados riscos dos negócios na economia moderna — reclama reflexão detida e aprofundada, principalmente com vistas à proteção dos interesses da grande massa de investidores e poupadores que confiam suas economias a instituições habilitadas a recolher recursos do público para aplicação em fundos de investimento em geral ou para realização de contratos coletivos de parceria em investimentos.

3.2. Necessidade de adaptação do negócio fiduciário em face da economia moderna

Com efeito, no seu processo de evolução, a fidúcia, nas suas várias expressões, foi se amoldando às necessidades e às circunstâncias de cada momento. Observe-se que na configuração do direito germânico, em cotejo com a do direito romano, a *fides* foi redimensionada por uma nova construção jurídica que impede o livre jogo da confiança e afasta os riscos para o fiduciante, ao introduzir a condição resolutiva no contrato; de outra parte, e mais recentemente, a evolução do *trust* evidencia uma redefinição ainda mais marcante, na qual a *fides* foi substituída por um conjunto de direitos e obrigações plenamente exigíveis, que transformaram aquele instituto numa figura a que a doutrina vem denominando *fidúcia legal*.

Esse processo evolutivo não desnatura o instituto, antes confere a ele estrutura e função compatíveis com as novas necessidades da vida e as novas circunstâncias ou conjunturas sociais e econômicas, mesmo revestindo-o de novas feições, em busca daquilo que Ascarelli chama de conciliação entre “as novas exigências da vida prática com a certeza e segurança da disciplina jurídica, com a ‘continuidade’ do desenvolvimento histórico do direito”, de modo que, nesse processo, as velhas formas vão sendo afastadas de maneira lenta e gradual e, a partir delas, vai-se construindo um novo

instituto para a nova função, que “assim se plasma, enquadrando-se no sistema.”⁷⁹

Na sociedade contemporânea são inúmeros os casos em que se reclama a construção de novas figuras para suprir necessidades de natureza negocial e de proteção da economia popular.

Tome-se como exemplo um fundo de investimento, em que uma companhia capta recursos do público e organiza núcleos patrimoniais autônomos, constituídos pelos recursos do público investidor e pelos bens ou direitos que a companhia adquire para formação da respectiva carteira de investimento.

Com efeito, a despeito de, nos negócios dessa modalidade, a transmissão da propriedade não mais repousar unicamente na confiança que o fiduciante depositava no fiduciário, como no direito romano, a verdade é que esse elemento — *confiança* — continua presente, e, além disso, o negócio continua se revestindo das características do negócio fiduciário, notadamente em razão da transmissão da propriedade em caráter fiduciário. De fato, constitui também elemento essencial dos negócios desse gênero a transmissão da propriedade para fins diversos da simples troca, na medida em que o que as partes desejam, ao contratar a transmissão da propriedade, é um escopo diverso daquele que é típico do negócio, daí porque não se atribui à administradora o domínio perpétuo e exclusivo sobre a coisa transmitida, mas se transmite a ela a propriedade apenas para que a administre com a finalidade de lhe dar maior aproveitamento econômico em benefício do investidor.

Ora, nessa modalidade de negócio as operações são complexas e tendem a se tornar cada vez mais sofisticadas. O cidadão comum não só não tem acesso direto aos negócios de investimento, como, também, não tem capacitação técnica para compreendê-los na sua inteireza e operá-los com eficiência e com a celeridade típica desses mercados; além disso, não

79 Ob. e p. cit.

tem habilitação legal para implementá-los, já que só as instituições financeiras podem realizá-los (Lei 4.728/65, art. 49); por isso, se o cidadão comum quiser realizar essas modalidades de investimento e aplicação, não pode fazê-lo diretamente, mas somente por intermédio de empresas especializadas para atuar em seu nome.

A regulamentação do negócio dos fundos de investimento é, pois, indispensável, como evidencia, no direito brasileiro, o caso dos fundos de investimento imobiliário, cuja lei confere proteção especial ao subscritor de quotas, determinando que a propriedade dos bens imóveis que constituem a carteira do fundo serão adquiridos pela instituição administradora do fundo, mas em caráter fiduciário, com rigorosas restrições, não podendo a administradora se apropriar desses bens ou do resultado do investimento.

Na linha desse pensamento, muitos países de tradição legislativa romana vêm colocando a serviço desse tipo de negócio a idéia da afetação de patrimônio e da propriedade fiduciária, que estão presentes no *trust* como suas características essenciais.

Ora, no contexto dessa realidade, o fato de se reduzir o risco proveniente da *fides*, cercando de garantias o patrimônio do investidor, mediante tipificação do contrato, não retira desse negócio a natureza fiduciária. Veja-se, a propósito, a evolução do *trust*. Esse instituto, na expressão de Maitland, “repousa na confiança dada e aceita.” Pois bem. Embora tivesse, na sua origem, configuração similar à da fidúcia romana, o *trust* foi se amoldando e incorporando um conjunto de direitos e obrigações que o transformaram quase que numa *fidúcia legal*, da qual decorrem importantes salvaguardas aos direitos dos *cestuis que trust*.

Na mesma medida, não se pode negar que, na contratação de investimentos por meio dos fundos, ainda se vislumbra com clareza a presença do elemento *confiança*, pois os recursos que o investidor entrega à instituição administradora não são aplicados em obediência a ordens do investidor, mas se-

gundo o discernimento dos técnicos da administradora; mesmo que esses técnicos se empenhem com a diligência do homem de negócio honesto, é de se admitir que as oscilações normais do mercado possam gerar lucros ou prejuízos, como é da ordem natural das coisas, no mundo dos negócios.

Dir-se-ia que, em qualquer negócio o investidor está sujeito a risco, de acordo com a natureza do negócio, mas, no caso de um fundo de investimento, o investidor, embora seja o dono do capital a ser aplicado, não tem qualquer poder de escolha quanto às aplicações, pois entregou esse capital a um terceiro, o administrador, a quem atribuiu o poder de dirigir as aplicações sem consultar a ele, investidor; é verdade também que a legislação protege o investidor contra eventuais abusos da instituição administradora, prevendo a responsabilidade desta por atos de má gestão ou administração temerária, mas, mesmo protegido contra eventual abuso, o investidor põe seus recursos nas mãos dos administradores da instituição, não tendo alternativa senão confiar cegamente nas avaliações de mercado que estes venham a fazer para aplicar os recursos do investidor.

O elemento *confiança*, portanto, é da essência desse negócio, mas, nesse novo contexto, é obviamente mitigado, se comparado com a intensidade de sua presença no direito romano. Com efeito, na atividade de captação de recursos para investimento, no Mercado de Capitais, há normas de controle e fiscalização, a cargo da Comissão de Valores Mobiliários. De outra parte, a par da persistência do elemento *confiança* nos negócios da espécie *investimentos coletivos*, *parceria* etc, importa notar que a atribuição do caráter fiduciário a essa modalidade de negócio deve-se principalmente à função do instituto, qual seja, a de utilizar-se de um contrato nominado (de transmissão da propriedade) para fim diverso daquele que lhe é típico, mas para atingir outros fins, como o de garantia, o de administração de bens, o de pagamento de credores etc. Nessa medida, o negócio fiduciário, mesmo tutelado pelo ordenamento, continua se revestindo daquela característica que Regelsberger atribuiu ao negócio fiduciário, qual seja, a de incon-

gruência ou não homogeneidade entre o escopo objetivado pelas partes e o meio jurídico empregado para alcançá-lo.

De fato, mesmo que os negócios fiduciários, na sua evolução histórica, como observa Tulio Ascarelli, venham “dar lugar a novos tipos de negócios, cujos escopos típicos são constituídos precisamente pelos escopos fiduciários dos negócios dos quais derivam e que aos poucos vão assumindo forma apropriada a tais fins”, não se pode dizer que por essa razão a fidúcia regulada por lei perca sua característica fiduciária, ou que “apaga-se de certo modo a si mesma; apenas alude a que, nas origens do instituto, ela esteve, não está mais”, como observa Pontes de Miranda;⁸⁰ pois, na verdade, a confiança presente como elemento caracterizador do negócio não é a confiança na pessoa do fiduciário, simplesmente, senão confiança na eficácia do instituto ou nos organismos estatais de controle e fiscalização da captação de recursos do público para investimentos coletivos.

Recorde-se a distinção básica existente entre a fidúcia romana e a do tipo germânico, ambas contemplando a transmissão da propriedade, mas, enquanto na fidúcia romana se contratava a transmissão incondicionalmente, na do tipo germânico se dava a transmissão sob condição resolutiva, de modo que nesta última estava sob controle o risco de abuso do fiduciário. A propósito dessa distinção, Schöny, citado por José Carlos Moreira Alves, reconhece que, mesmo afastado o risco do fiduciante, pela condição resolutiva que limita o poder do fiduciário, a *fides* continuava presente na fidúcia do tipo germânico, e, nesse sentido, assinala Schöny que “a *fides* não é no direito alemão a confiança na pessoa do fiduciário simplesmente, mas, ao contrário, a confiança ‘que regula’ a posição jurídica – poder jurídico e dever jurídico – no caso particular.”⁸⁰

80 *Treuhandgeschäfte*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, vol XXXV, 1910, p. 291, *apud* ALVES, José Carlos Moreira, *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., p. 23.

Por isso, a tutela legal do instituto pode, efetivamente, reduzir o risco e afastar a situação de perigo, mas não exclui o elemento *confiança*, como observa Arnoldo Wald⁸¹ que, ao configurar os fundos de investimento em geral, classifica-os no contexto de *figuras análogas ao trust* e aos *negócios fiduciários*.

Em suma, na medida em que se multiplicam e se diversificam as formas de captação de recursos do público para aplicação nas mais variadas formas de investimento, em operações de risco, torna-se indispensável a regulamentação de mecanismos de proteção patrimonial dos investidores, e o mais eficaz desses mecanismos é a segregação patrimonial.

3.3. Negócios fiduciários próprios e impróprios

Em todo esse contexto, situações em que a fidúcia passa a integrar o ordenamento como figura tipificada, como é o caso da constituição da propriedade fiduciária da lei dos fundos de investimento imobiliário (Lei 8.668/93), configurariam, para alguns, *negócios fiduciários impróprios*, nos quais não existe a peculiar situação de perigo que caracteriza as modalidades de negócio fiduciário propriamente dito e que enseja a presença do elemento *confiança*, em contraposição aos *negócios fiduciários próprios*, estes que seriam os negócios jurídicos inominados caracterizados pela transmissão da propriedade para fim diverso daquele que lhe é típico, marcado pela presença da confiança. Nos negócios fiduciários impróprios não existiria a *fides* peculiar do negócio fiduciário, mas somente a *fides* comum a qualquer negócio jurídico, até porque no negócio tipificado o fiduciante dispõe de tutela legal para exigir o cumprimento da finalidade da fidúcia, sendo impostas ao fi-

81 WALD, Arnold, *Da natureza jurídica do fundo imobiliário*. In: *Revista Forense*, v. 309, p. 11.

duciário restrições explícitas, que integram o contrato⁸². Nessas modalidades de fidúcia, que alguns autores também denominam *fidúcia legal*, significando aquela que está tipificada, os poderes do fiduciário são limitados e sujeitos a rigoroso controle, estando definida no instrumento de formalização do negócio a exata correspondência desses poderes com a finalidade do negócio celebrado; nesses casos de *fidúcia legal*, como, por exemplo, na constituição de um direito de propriedade de cujo registro constem as restrições a que estão submetidos os poderes do fiduciário, resulta claro que o fiduciante dispõe de meios jurídicos para evitar o abuso do fiduciário e, até, de reivindicar a coisa de terceiros, enquanto que nos negócios fiduciários propriamente ditos o fiduciante não dispõe senão de ações pessoais contra o fiduciário.

Seja como for, o direito positivo vem emprestando a designação *fiduciária* às mais diversas figuras que, no direito

82 A lei que disciplina o funcionamento dos fundos de investimento imobiliário (Lei 8.668/93) configura a *propriedade fiduciária*, dispondo que os imóveis que constituirão o patrimônio do fundo serão adquiridos pela companhia administradora em seu próprio nome, mas que do título aquisitivo constarão as restrições que são impostas a essa modalidade de propriedade, restrições essas que deverão constar das matrículas dos imóveis, no Registro de Imóveis competente.

Sistemas de proteção do fiduciante semelhantes ao presente são adotados de modo geral pelas legislações que regulam a matéria, como a Lei argentina nº 24.441, de 1995, da qual extraem-se as seguintes disposições:

"Art. 11. — *Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.*

Art. 13. — *Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomara razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario (...).*

Art. 14. — *Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario (...).*

Art. 15. — *Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario (...).*"

moderno, vêm sendo construídas a partir da conciliação entre a concepção da fidúcia romana e a idéia geral do *trust*, e isto porque, a despeito das salvaguardas em favor do investidor-beneficiário, continuam presentes no negócio as regras da boa-fé e a confiança.

Poder-se-ia até admitir que a utilização do vocábulo *fiduciário* para atos tipificados se faça apenas como elemento de referência histórica, mas, ainda que assim fosse, e independente da controvérsia quanto à sua efetiva natureza fiduciária, o certo é que, num mundo em que crescem e variam a cada dia os volumes e as modalidades de investimento, notadamente provenientes de poupança do homem médio, pouco afeito ao negócio de investimento e sem acesso aos sistemas de informações do mercado, seria extremamente ingênuo deixar a sorte do seu patrimônio submetida exclusivamente à boa-fé e à lealdade do fiduciário (que, no caso, seriam as empresas administradoras de fundos de investimento e de outros negócios coletivos para os quais são captados recursos do público) .

É óbvio que, na medida em que operações desse tipo passaram a constituir necessidade imperiosa da vida contemporânea, o ordenamento passou a disciplinar a atuação das instituições autorizadas a administrar investimentos, submetendo-as à fiscalização pelos órgãos encarregados da proteção da economia popular, como são os casos da SEC — *Security Exchange Commission*, nos Estados Unidos, e da CVM — Comissão de Valores Mobiliários, no Brasil. Mas, além dessa fiscalização, torna-se absolutamente indispensável evitar que os recursos dos investidores sejam contaminados por outros negócios dessas instituições administradoras, daí por que devem esses recursos, e os bens com eles adquiridos, constituir patrimônio autônomo, que não se comunique com o patrimônio da administradora, nem com os patrimônios de outros negócios por ela administrados, de forma que eventuais insucessos da administradora, nos seus próprios negócios ou no fundo de investimento específico, e, ainda, em outros fundos de investimento, não atinjam os fundos por ela administrados.

3.4. Características da fidúcia regulada em lei

Na medida em que o negócio fiduciário propriamente dito, mesmo na sua feição moderna, é eivado de riscos, pelo fato de não haver possibilidade de o fiduciante recuperar os bens ou direitos que transmitiu ao fiduciário, no caso de este deixar de agir com lealdade, a construção de figuras de natureza fiduciária e sua tipificação legal, ou seja, a *fidúcia legal*, reveste-se de especial interesse e atende a uma exigência de ordem pública, com vistas à estabilidade das relações jurídicas e à proteção da economia popular.

Em busca da construção de figuras que viabilizem a superação dos riscos peculiares do negócio fiduciário propriamente dito, o legislador volta suas atenções para o *trust*, na tentativa de extrair desse instituto elementos assimiláveis pelos sistemas da *civil law*.

De fato, o *trust* encerra um eficaz sistema de salvaguardas dos interesses do beneficiário, mediante segregação patrimonial, e, além disso, é dotado de extraordinária flexibilidade, que permite sua utilização para a realização de quase toda espécie de negócio, daí por que passou a despertar o interesse da doutrina dos países de tradição jurídica romana.

Nesse processo de construção doutrinária e legislativa, a tentativa de adaptação do *trust* à legislação de países hispano-americanos deu origem à elaboração de numerosas teorias, “desenvolvidas com o objetivo de possibilitar os mesmos efeitos jurídicos do *trust*, sem que se rompa a harmonia dos sistemas jurídicos codificados,” como observa o autor argentino Saturnino Jorge Funes, que, detendo-se especificamente na concepção do fideicomisso, em particular na legislação argentina, assinala que “o fideicomisso, tal como se o concebe em toda a legislação latino-americana, e com a lei 24.441 incorporada também à legislação argentina, é uma adaptação do *trust*, e como tal apresenta a característica de ser uma fidúcia legal, em que os direitos do beneficiário se acham tutelados de maneira minuciosa pela lei, o que impede a possibilidade de abu-

so por parte do fiduciário, perdendo desse modo o caráter de negócio fiduciário em sentido estrito.”⁸³

Na linha dessa concepção, em que se coloca o fideicomisso como figura paralela ao *trust*, atribui-se a essa nova configuração o caráter de *fidúcia legal*, podendo-se dizer o mesmo de todas aquelas modalidades de institutos similares ao *trust* que vieram a ser disciplinadas em leis especiais em alguns países, inclusive no Brasil.

A implementação dessas legislações tem demonstrado ser possível o aproveitamento da idéia central do *trust* para a construção de instituto similar, nos países de tradição legislativa romana, em que são respeitados os dogmas dessa tradição e, ao mesmo passo, se conservam os elementos que dão utilidade prática ao *trust*.

Em todo esse processo de harmonização doutrinária e legislativa, ressaltam como traços característicos da fidúcia regulada por lei: (1º) a criação de um direito real limitado — propriedade fiduciária — e (2º) a afetação do patrimônio que se constitui com os bens objeto da propriedade fiduciária.

3.5. Patrimônio de afetação

Na busca de aclimação do *trust* aos sistemas filiados ao direito romano, é possível identificar o *patrimônio de afetação* como importante elemento comum de identificação, capaz de contribuir na construção de um instituto de natureza fiduciária que, de uma parte, revista-se da flexibilidade funcional própria do negócio fiduciário e do *trust* e que, de outra parte, possa propiciar a necessária proteção aos bens objeto do negócio, embora permanecendo, como na observação de Ascarelli, “no domínio tradicional da fidúcia”.⁸⁴

83 FUNES, Saturnino Jorge, *Fideicomiso*. Buenos Aires: Depalma, 1996, ps. 18/19.

84 MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários...*, cit.

Como já dito, esses estudos se realizam com particular ênfase na América Latina, a partir do início do Século XX, deles resultando a construção de uma figura moderna de fideicomisso, já incorporada à legislação de grande parte dos países da América Latina, pelo qual os bens fideicomitidos são transmitidos ao fiduciário mas não integram o patrimônio deste; antes, destinam-se à formação de um patrimônio de afetação. Assim, quanto ao grau de proteção dos bens objeto do negócio, essa nova construção afasta-se da concepção original da fidúcia, em que os bens fideicomitidos sofriam os efeitos da insolvência do fiduciário, e aproxima-se do *trust*, por meio da separação patrimonial que elimina os riscos de *contaminação* dos bens fideicomitidos, na hipótese de insolvência do fiduciário.

O precursor desses estudos na América Latina foi o jurista panamenho Ricardo Alfaro, que, num primeiro momento, atribuiu ao fideicomisso a configuração de um mandato irrevogável, pelo qual seriam transmitidos ao mandatário (fiduciário) determinados bens, para que dispusesse desses bens e dos seus frutos segundo a vontade do mandante (fideicomitente), em benefício de um terceiro, chamado fideicomissário. A definição foi alvo de críticas por parte da doutrina e foi abandonada pelo próprio Alfaro, que, mais tarde, reformulou sua concepção, definindo o fideicomisso como “o ato em virtude do qual se transmitem determinados bens a uma determinada pessoa chamada fiduciário, para que deles disponha conforme determinado pela pessoa que os transmite, chamada fideicomitente, em benefício de um terceiro chamado fideicomissário”⁸⁵.

Na Terceira Conferência Científica Panamericana, realizada em 1924, em Lima, Peru, Alfaro defendeu a necessidade e a conveniência de se adotar nos países latino-americanos um

85 ALFARO, Ricardo, *Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil*. Cursos monográficos, v. I, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, Cuba, 1948, pp. 41/42.

instituto semelhante ao *trust*. Esse trabalho foi acompanhado de um projeto de lei, que, mais tarde, veio a ser recomendado pela Sétima Conferência Interamericana de Advogados, realizada em 1951, em Montevideu.

Efetivamente, um dos mais importantes avanços na construção doutrinária e legislativa de países como México, Chile, Peru, Colômbia, a Província de Quebec, entre outros, é a regulamentação da segregação patrimonial como meio de proteção dos bens objeto do negócio, por via da qual eles são submetidos a tratamento destacado no contexto dos demais bens de propriedade do fiduciário. A possibilidade de frustrar eventuais ações de credores do fiduciário, por dívidas não vinculadas ao patrimônio objeto da fidúcia, constitui extraordinária evolução na conformação do instituto. Com essa configuração, em que, aparentemente, se descaracteriza o instituto, pelo abandono da atipicidade da fidúcia clássica romana e pela sua conseqüente tipificação, dá-se à transmissão da propriedade para garantia ou administração extraordinária utilidade na realização de negócios peculiares da sociedade contemporânea, como é o caso da *securitização* de créditos, cada vez mais necessária e mais comum hoje em dia, em que a segregação patrimonial é indispensável para garantia dos subscritores de títulos.

3.5.1. Conceito e característica

Patrimônio é o conjunto de bens, direitos e obrigações, suscetíveis de apreciação econômica, que corporificam o ativo e o passivo de uma pessoa.

Considerado uma *universalidade de direito*, o patrimônio constitui uma unidade jurídica, abstrata e distinta dos elementos materiais que o compõem, de modo que estes podem ser alterados, pela diminuição ou pelo aumento, ou podem mesmo desaparecer, sem que seja atingida a existência do patrimônio, que se apresenta juridicamente a mesma durante

a vida do titular dos direitos ou relações jurídicas que o formam.

A noção clássica de patrimônio esteve ligada intimamente à de pessoa, chegando a ser considerado como *prolongamento da personalidade*.

Nessa concepção, o patrimônio, segundo Planiol, obedece a quatro princípios fundamentais:

1º As pessoas somente podem ter um patrimônio.

2º Toda pessoa tem necessariamente um patrimônio.

3º Cada pessoa só pode ter um patrimônio.

4º O patrimônio é inseparável da pessoa.

Para a doutrina moderna, entretanto, segundo Mazeaud, o subjetivismo da teoria clássica é de tal maneira estreita que constitui obstáculo ao desenvolvimento das relações jurídicas. Com efeito, considera-se modernamente que a coesão dos elementos integrantes de uma universalidade é justificada pela sua destinação comum, daí porque o patrimônio será o conjunto dos bens coesos pela afetação a um fim econômico determinado, passando, assim, a admitir-se a existência de um patrimônio geral e de patrimônios especiais, constituídos por bens afetados a determinado fim⁸⁶; no primeiro, unem-se os elementos pela relação subjetiva comum com a pessoa, enquanto que, no segundo (*patrimônio especial*), a unidade decorre objetivamente da unidade da finalidade para a qual a pessoa desmembrou, do seu patrimônio geral, uma parte dos bens que o integram.

Com efeito, na vida contemporânea, a concepção clássica da universalidade e indivisibilidade do patrimônio cedeu lugar a uma noção mais flexível a partir da idéia da afetação, pela qual Brinz explica a natureza da pessoa jurídica, que consiste numa "restrição pela qual determinados bens se dispõem, para servir a fim desejado, limitando-se, por este modo, a ação

86 *Pandekten*, 1. ed., p. 226, *apud* LLAMBÍAS, Jorge J., in *Tratado de Derecho Civil, Parte general*. 9. ed. Buenos Aires: ed. Perrot, 1982, t. II, p. 196.

dos credores." A idéia da *afetação*, observa Orlando Gomes, explica a possibilidade de existência de patrimônios especiais⁸⁷, admitindo Brinz que "há patrimônios que não pertencem a pessoa alguma, pois seriam conjuntos de bens afetados, como organismos independentes, à realização de um fim (*zweckvermoege*n)." ⁸⁸

Para Von Tuhr, a unidade do patrimônio perde significado na medida em que certos bens ou conjuntos de direitos subordinam-se a tratamentos normativos especiais⁸⁹. Trata-se, então, no contexto do patrimônio geral, de uma esfera jurídica mais restrita, submetida a critérios próprios e que pode ter desenvolvimento econômico próprio, sendo este, assim, um patrimônio especial, cuja configuração peculiar decorre dos fins que determinam sua formação.

O conceito de universalidade, efetivamente, não é absoluto, pois, como observa Pontes de Miranda, o fato de o patrimônio ser "unido pelo titular único (...) não quer dizer que a cada pessoa corresponda um patrimônio; há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais,"⁹⁰ significando que dentro de um mesmo patrimônio podem existir bens ou núcleos patrimoniais destacados por sua procedência ou pela destinação, aos quais se dá tratamento especial no patrimônio geral do titular.

Efetivamente, a *teoria da afetação* admite a segregação patrimonial segundo certos encargos que se impõem a certos bens, que passariam a ter determinada destinação. Em outras palavras: determinados bens seriam destinados a finalidade

87 GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 228.

88 *Apud* RÁO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 729.

89 VON TUHR, Andreas, *Teoría general del derecho civil alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1946, v. I, p. 406.

90 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, cit., v. VI, § 596.

especial e, para alcançá-la, seriam dotados da autonomia necessária à realização desse fim; não se trata de segregação pura e simples, sendo necessário definir uma destinação para os bens ou direitos segregados; é necessário, enfim, que os bens afetados cumpram determinada função. Segundo essa teoria, é possível a existência de massas patrimoniais distintas, constituídas com a precípua finalidade de se alcançar determinados fins jurídicos ou econômicos. Para constituição desses patrimônios de afetação não é necessário que o bem seja excluído do patrimônio do titular, mas, sim, que seja submetido a regime especial para atender a determinada finalidade, sempre mediante expressa autorização legal, estando compreendidos nessa teoria o dote, o bem de família, as rendas vitalícias, as garantias reais, as substituições etc. De acordo com essa teoria, os credores vinculados ao patrimônio de afetação têm ação somente sobre bens dele integrantes, com exclusão dos outros bens do patrimônio do devedor, ou têm preferência sobre aqueles bens; decorre da afetação que o titular desse patrimônio separado não pode alienar os bens afetados, sob pena de nulidade do ato de alienação, salvo se a alienação atende o propósito da afetação, como seria o caso de bens integrantes de um fundo de investimentos cuja política contemple a compra e venda desses bens ou da incorporação imobiliária, que é caracterizada pela venda antecipada de unidades imobiliárias integrantes de edifícios em construção.

Admite-se, assim, na construção de Brinz e De Page, a formação de *patrimônios* objetivamente vinculados pela afetação a determinado fim, operando-se uma cisão do complexo bonitário, como observa Caio Mário da Silva Pereira: "Os bens, objeto da afetação, a nosso ver, acham-se, sem dúvida, vinculados ao fim, encontram-se gravados de encargo, ou são objeto de restrição. Assim entendendo, aprovamos a disposição contida no Projeto de novo Código Civil, que autoriza separar do patrimônio da pessoa um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, seja por mandamento legal, seja por destinação do titular. Separados do patrimônio, e afetados a um fim, são tratados como bens inde-

pendentes do patrimônio geral do indivíduo. A afetação, porém, implicará composição de um patrimônio sem se verificar a criação de uma personalidade, como se dá com as fundações. Caso contrário, eles se prendem ao fim, porém continuam encravados no patrimônio do sujeito. Não há, pois, razão para romper com a concepção tradicional da unidade do patrimônio, com a qual se concilia a idéia de poderem existir, no patrimônio, massas de bens objetivamente considerados: bens dotais, bens de ausentes, bens da herança etc."⁹¹

A constituição de massas patrimoniais separadas só é admitida nas hipóteses explicitamente autorizadas por lei e com as limitações que a lei prescrever, pois a separação de certos bens do patrimônio de uma pessoa pode, evidentemente, implicar redução da garantia geral dos credores, representada pelo patrimônio geral.

A lei autorizadora da separação de patrimônio, na verdade, excepciona o princípio segundo o qual o patrimônio constitui garantia geral dos credores e, ainda, o princípio da livre utilização do patrimônio por parte do seu titular. De fato, a permissão legal para formação de patrimônio de afetação viabiliza a segregação de certos bens de um patrimônio para cumprimento de uma finalidade específica, daí decorrendo, obviamente, limitações ao conteúdo dos poderes atribuídos ao titular do patrimônio geral, na medida em que o exercício desses poderes passará a ficar condicionado ao cumprimento da finalidade para a qual tiver sido constituído o patrimônio separado. Assim, por exemplo, nos atos de natureza fiduciária, em que se constitui um patrimônio de afetação em nome do fiduciário, este só pode exercer sobre os bens objeto de titularidade fiduciária os direitos e as ações que sejam adequadas e necessárias para consecução da finalidade para a qual tiver sido constituída essa titularidade especial.

Constituindo uma exceção ao princípio pelo qual o patrimônio é a garantia geral dos credores, a formação de patrimô-

91 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I, ps. 251/252.

nio especial submete-se às mesmas restrições impostas à alienação de bens, em geral, sendo ineficaz e sem qualquer efeito a formação de patrimônio autônomo que configure fraude de execução, ou anulável aquela que se fizer em fraude contra credores.

De outra parte, a formação desses patrimônios separados só tem sentido se o tratamento especial atribuído à massa patrimonial segregada for oponível a terceiros, daí porque é essencial sejam esses atos dados à publicidade, através do sistema de registro, sendo majoritária a doutrina que entende estar a formação desses patrimônios submetida ao princípio *numerus clausus*. Assim, para resguardo do interesse de terceiros, é necessário dar visibilidade a esses patrimônios, devendo a lei prever expressamente os meios de publicidade de acordo com os sistemas de registro pertinentes.

O patrimônio de afetação tem ativo e passivo próprios, podendo ser formado tanto pelos bens, direitos e obrigações com que tiver sido originalmente formado, como, também, pelos frutos e encargos advindos da gestão desse patrimônio e pelos encargos que eventualmente se venham a imputar a ele.

Sendo efetivamente uma verdadeira universalidade de direitos, o patrimônio de afetação deve, obviamente, expressar rigorosa correlação entre os direitos e as obrigações que o compõem, observados os limites da finalidade para a qual tiver sido constituído. Na medida em que se constitui de um complexo de bens, direitos e obrigações organizados para um fim determinado, esse patrimônio especial é dotado de autonomia funcional, pois, como observa Messineo, o conceito de patrimônio separado "tem um certo nexos com o conceito de universalidade e com o problema da responsabilidade limitada (...) e sobre ele incidem direitos e obrigações autônomas."⁹²

92 MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil e comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, tradução de Santiago Sentis Melendo, v. I, § 26.

A nota de Messineo e a lição de Caio Mário são essenciais para a apreensão da idéia desse patrimônio especial. Em primeiro lugar, há o nexa com o conceito de universalidade, que está na essência do conceito de patrimônio, e, em segundo lugar, há a *autonomia funcional* caracterizadora do patrimônio de afetação. Vale dizer: o patrimônio de afetação não é um patrimônio distinto, independente ou plenamente autônomo; ele está articulado ao patrimônio geral do titular, mas é objeto de destaque especial, para exercer determinada função, daí porque se fala que sua autonomia é *funcional*, não plena.

Por isso mesmo, na interpretação das normas legais relativas à afetação, a atenção para os fundamentos deve ser redobrada. Veja-se, por exemplo, que a Lei nº 9.514/97, ao tratar do patrimônio de afetação constituído por créditos do ativo de companhia securitizadora que venham a lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI, diz que esses créditos “constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora” (art. 11, I). Na verdade, esses créditos integram, sim, o patrimônio da companhia securitizadora, mas são destacados dentro dele e recebem tratamento especial, de acordo com a função definida para eles, que é a satisfação dos créditos dos subscritores de CRI, as despesas de administração desse patrimônio especial e os seus respectivos encargos, inclusive os encargos fiscais. Tem esse patrimônio, assim, autonomia relativa, *funcional*, condicionada que é a atender essa destinação específica. Trata-se, então, de uma esfera patrimonial com autonomia funcional, que opera dentro da esfera patrimonial maior, que é o patrimônio geral da companhia securitizadora.

De fato, na medida em que o patrimônio de afetação corresponda a um complexo de direitos e obrigações funcionalmente organizado para determinada finalidade, deve desenvolver-se por suas próprias forças e no limite dessas forças; constituindo uma universalidade, responde pelas obrigações contraídas para cumprimento da finalidade para a qual tiver sido estruturado ou que a esta estejam vinculadas; só ele res-

ponde pelas obrigações relativas a essa massa e ele responde somente por essas obrigações, não por obrigações que estejam fora dessa esfera patrimonial.

Tratando-se de uma configuração peculiar de patrimônio, em que se excepciona a regra geral, a interpretação das questões pertinentes ao patrimônio de afetação deve ser restritiva.

É essa concepção que possibilitou o desenvolvimento da denominada doutrina do fideicomisso latino-americano, pela qual os bens objeto do fideicomisso são segregados do patrimônio geral e passam a constituir um patrimônio especial, destinado ao fim convencionado no fideicomisso.

De fato, submeter um bem ou direito a regime fiduciário implica, necessariamente, afetá-lo a determinado fim e constituir com ele um patrimônio autônomo.

A afetação de patrimônio oriunda das relações de natureza fiduciária produz basicamente dois efeitos: de uma parte, os bens objeto do negócio são colocados à margem das vicissitudes econômico-financeiras que possam atingir o fiduciante, o fiduciário e o beneficiário, e, de outra parte, as faculdades do titular do patrimônio separado sofrem limitações, a ele se atribuindo, tão somente, aquelas faculdades necessárias à consecução dos fins para os quais a afetação foi estabelecida.

Na raiz dessa concepção encontram-se as idéias de Pierre Lepaulle⁹³, cuja construção doutrinária, embora possa merecer ressalvas, é de extrema utilidade para compreensão dos negócios em que se utiliza a transmissão da propriedade com a específica função de garantia, de administração ou de investimento, destacando a afetação patrimonial como um dos

93 *La naturaleza del trust*, in *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México, 1932, t. III, p. 115: "El trust es una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos, que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación, y que es titular de todos los derechos que sean útiles para cumplir dicha obligación."

principais mecanismos do *trust* e vendo nela um dos meios pelos quais se pode assimilar a idéia do *trust*.

Segundo Lepaulle, um *trust* encerra a existência de bens afetados a determinado fim e de um sujeito indispensável para seu funcionamento, e esse sujeito é o *trustee*, cujos direitos e obrigações variam de acordo com a função que deva desempenhar. Essa função depende da afetação prevista para os bens, e pode ser estipulada pela vontade do *settlor*, pela lei ou pela jurisprudência (a origem dessa estipulação é secundária). "Para que haja *trust* necessita-se de uma *res*, vale dizer, um bem, e afetação prevista para esse bem; nada mais é indispensável para a existência jurídica de um *trust*; o *trustee* é tão somente um meio de implementar na prática essa afetação", pois uma afetação não se implementa por si só, necessitando de um instrumento para se colocar em prática, e esse instrumento é o *trustee*. Sustenta Lepaulle que "se o *trust* é uma afetação de bens, constitui uma noção jurídica que não pode limitar-se ao conceito do direito de propriedade individual, senão que se encontra, por assim dizer, no mesmo plano desse direito. O *trust*, de fato, contém elementos inteiramente estranhos à noção de propriedade: no *trust* há sempre a idéia de um fim a realizar, o que não ocorre no caso da propriedade individual", assinalando que "a única maneira de se abordar o problema concreto é identificando os elementos essenciais para a formação e para a vida do *trust*. Esses elementos são dois: um patrimônio determinado e uma afetação".⁹⁴

94 LEPAULLE, Pierre, *Tratado teórico-práctico de los trusts*, p. 19, apud Jorge Alfredo Domínguez Martínez, in *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mejicano*. México: Porrúa, 1994, p. 117. Diz Lepaulle: "a) Um *trust*, necessariamente, supõe direitos patrimoniais sobre aquilo que recai. Não basta estipular uma missão ao *trustee*; é preciso que essa missão esteja diretamente relacionada com os bens a ele confiados e que constituem a base indispensável do *trust*. Tal base deve constituir-se de direitos, os quais não podem ser senão patrimoniais. b) Esses direitos não devem integrar o patrimônio de ninguém. Não devem, com efeito, ficar no patrimônio do *settlor*; se assim fosse, não haveria senão um mandato, vinculado a um depósito.

A afetação patrimonial se justifica em razão da necessidade e/ou conveniência de se organizar de modo autônomo determinadas atividades para realização de alguma exploração econômica e/ou financeira específica, bem como a necessidade de se privilegiar certas situações socialmente relevantes, como são os casos do bem de família e da titularidade em nome de terceiros, para fins de administração de investimentos. Tal é a utilidade prática da afetação, cuja viabilização, segundo Messineo, resulta da possibilidade "1) de atribuir ou de reservar certos bens a uma determinada *exclusiva destinação*, de maneira que fique excluída outra destinação, mesmo que não possa ser alcançada; 2) ou então de reservar a um certo *grupo de credores* um determinado núcleo de bens, sobre os quais possam eles *satisfazer-se com exclusão dos outros*; com a consequência de que os *outros credores* fiquem *excluídos* e de que, sobre os outros bens, tal grupo de credores não

Tampouco devem esses direitos passar ao patrimônio do *trustee*, pois poderia configurar doação ou legado com encargo, ou estipulação em favor de terceiro, mas não haveria *trust*. Com efeito, num *trust* os bens não estão jamais no patrimônio do *trustee*, não se transmitem aos seus herdeiros e não constituem garantia dos seus credores. Por fim, a *res* tampouco constitui patrimônio do beneficiário (do contrário, o *trustee* seria mandatário, testamentário, mas não *trustee*). Cada *cestui* tem em seu patrimônio um interesse beneficiário. c) Esses direitos permanecem integrados em um todo distinto. A *res*, por não integrar patrimônio algum, se encontra, por assim dizer, ilhada, e adquire por si mesma uma individualidade própria. Mas essa individualidade é particularmente remarcada pelo fato de que esses bens têm um guardião responsável, encarregado de administrá-los e têm uma lei, o *trust deed*, que determina e vincula sua gestão e seu destino. d) Por fim, a *res* constitui uma universalidade. Por exemplo, uma casa que integre um *trust* é permutada por uma área, que por sua vez é trocada por gado, que é vendido por 10.000 dólares; o *trustee* compra com esse dinheiro valores que se elevam a 60.000 dólares. A identidade do patrimônio perdurará sem solução de continuidade através de todas as transformações sucessivas. O direito encontra a identidade do patrimônio através de todas essas metamorfoses. Desse modo, em todo *trust* há necessariamente um patrimônio distinto."

pode alegar direitos ou que, ao contrário, este grupo pode satisfazer-se só subsidiariamente, e se necessário, sobre os restantes bens do sujeito (devedor)." (destaques do original).⁹⁵

O mecanismo de separação de patrimônio por efeito da titularidade fiduciária e, por consequência, da afetação patrimonial, constitui a mais efetiva modalidade de tutela nas hipóteses, cada vez mais frequentes na sociedade contemporânea, de administração patrimonial por terceiros, em que se faz necessária a investidura do administrador (fiduciário) na titularidade dos ativos. São casos em que é indispensável assegurar ao fiduciante uma tutela especial e, como assinala Antonio Gambaro, "uma modalidade mais intensa de tutela é obviamente constituída pela separação entre o patrimônio pessoal do fiduciário e os bens administrados fiduciariamente."⁹⁶

Na administração de investimentos, a necessidade de separação de patrimônio se mostra mais nítida, na medida em que os aportes para investimento poderiam se confundir com outros bens numa única massa em que o investidor não seria mais do que simples credor quirografário da companhia administradora. Para superar esse risco, é indispensável colocar os bens e demais recursos do investidor num patrimônio de afetação, e é ainda Gambaro quem adverte que "nesse caso se impõem gestões personalizadas para conservar ao fiduciante [investidor] a propriedade dos bens a respeito dos quais a fiduciária [companhia administradora] tenha somente a iegitimação nominal (...). Na disciplina dos fundos comuns de investimento (L. 23 março 1983, n. 77) o recurso à técnica do patrimônio separado é definido de maneira explícita."⁹⁷

95 MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, cit., p. 263.

96 GAMBARO, Antonio. *Trattato di diritto privato - la proprietà*. Milão: Giuffrè, 1990, p. 251.

97 Ob. cit., p. 251. O autor refere-se ao dispositivo da lei que disciplina os fundos comuns de investimento, do seguinte teor: 'Art. 3, 2º: *comma: Ciascun fondo comune costituisce patrimonio distinto a tutti gli effetti dal patri-*

Situações como essa, que contemplam a tutela legislativa do investidor-fiduciante, nas quais se pode colocar a etiqueta comum de *propriedade fiduciária*, encontram-se dentro do mais vasto fenômeno da titularidade por conta de terceiros, “que é característica precípua das formas modernas de gestão da riqueza.”⁹⁸

Na linha dessa concepção, o Código Civil de 2002 ampliou o campo de aplicação do bem de família, permitindo que, além do imóvel destinado a moradia, se possa também formar um fundo constituído por valores mobiliários, cuja renda seja destinada ao sustento da família (arts. 1.712 e seguintes).

Outra aplicação prática da segregação patrimonial para atender destinação especial se dá nos fundos de investimento, em que se constitui um patrimônio autônomo, separado do patrimônio da sociedade administradora, para segurança dos subscritores de quotas do fundo; os beneficiários desse patrimônio são, exclusivamente, esses subscritores e, assim, só eles serão beneficiados com os aumentos patrimoniais decorrentes da valorização de certas ações integrantes do patrimônio, ou serão prejudicados pelos decréscimos patrimoniais decorrentes da desvalorização.

A mesma concepção foi utilizada para proteção dos credores vinculados às incorporações imobiliárias, de que trata a Lei nº 4.591/64, à qual a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, acrescentou os arts. 31A a 31F, regulamentando a constituição de patrimônios de afetação compostos pelo acervo de cada empreendimento, de modo que cada um deles possa se

monio della società di gestione e da quelli dei partecipanti, nonché da ogni altro fondo gestito dalla medesima società di gestione. Sul fondo non sono ammesse azioni dei creditori della società gerente. Le azioni dei creditori dei singoli partecipanti sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi.”

98 GAMBARO, Antonio, ob. e p. cit.

desenvolver com autonomia em relação às demais incorporações de uma mesma empresa incorporadora e, assim, fiquem imunes a eventuais desequilíbrios econômico-financeiros da empresa. Por essa forma, em caso de falência da empresa incorporadora, o acervo correspondente à incorporação afetada não será arrecadado, mas entregue à administração da Comissão de Representantes dos adquirentes, que poderá prosseguir a obra com autonomia em relação à massa, utilizando para tal as receitas provenientes das prestações devidas pelos adquirentes. Concluída a obra e havendo saldo credor, este deve ser arrecadado à massa; ao contrário, se faltarem recursos para conclusão da obra, têm os adquirentes crédito contra a massa.⁹⁹

3.5.2. O patrimônio de afetação na América Espanhola

É, assim, pela via da afetação patrimonial que se tem admitido a assimilação dos elementos fundamentais do *trust* em países de tradição romanística, tendo essa linha de pensamento influído decisivamente na reformulação da legislação sobre o fideicomisso no México, Uruguai, na Argentina, Colômbia, em Porto Rico, no Chile, na Venezuela, entre outros.

Efetivamente, só é possível a consecução das funções do fideicomisso se os bens objetivados constituírem um patrimônio dotado de autonomia para cumprir tais funções sem sofrer os efeitos de eventual desequilíbrio econômico-financeiro do patrimônio geral do fiduciário.

Esses patrimônios especiais atendem a uma finalidade específica e são organizados com destaque no patrimônio geral. Admite-se que uma pessoa possa destacar e manter patrimônios autônomos para a consecução de diversos fins, sendo ti-

99 Sobre a matéria discorremos, especificamente, em nosso *Da incorporação imobiliária*, Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed., 2005.

tular de todos e de cada um deles. Segundo Júlio César Rivera¹⁰⁰, os patrimônios separados têm as seguintes características essenciais:

a) necessitam de previsão legal, na medida em que constituem exceção ao princípio geral de que o patrimônio é a garantia comum dos credores;

b) são independentes do patrimônio geral;

c) respondem somente pelas dívidas contraídas em virtude do **patrimônio especial** especificamente.

Efetivamente, os patrimônios especiais, de afetação, só são admitidos e só produzem efeito se constituídos e implementados na conformidade da legislação específica, não se admitindo a constituição desses patrimônios fora dos casos expressamente previstos em lei.

Na doutrina hispano-americana, Silvio V. Lisoprawski¹⁰¹, registra as críticas a que está sujeita essa concepção, como a do mexicano Domínguez Martínez, para quem, mesmo havendo previsão legal, não se pode dizer que haja um patrimônio de afetação distinto do patrimônio geral, já que todas as massas de bens afetadas a um fim determinado representam certas universalidades, autônomas e legalmente organizadas, mas sem chegar a ser um patrimônio em si mesmas; todo patrimônio é uma universalidade jurídica, mas nem toda universalidade jurídica é um patrimônio, sendo certo que cada universalidade jurídica seria uma fração do patrimônio. Mario A. Carregal, criticando o Projeto de Lei de Fideicomisso argentino de 1969, rechaça a possibilidade de um sistema de dualidade patrimonial, por considerar mais apropriado dar aos bens objeto do fideicomisso um tratamento especial dentro do patrimônio único das pessoas, tais como os casos especiais dos bens da sociedade conjugal, da massa falida e dos bens

100 RIVERA, Júlio Cesar, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, Abeledo-Perrot, in *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*, 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1996, p.135.

101 Ob. cit., p. 136/147.

impenhoráveis. Esse autor justifica a exclusão dos bens objeto do fideicomisso do alcance da ação dos credores do fiduciário invocando o efeito economicamente neutro do ingresso desses bens no patrimônio do fiduciário: este recebe a propriedade em confiança, e não a título oneroso ou gratuito; a intenção do instituidor do fideicomisso não é transmitir a propriedade plena ao fiduciário, de modo que ele se aproprie do bem com exclusividade e com ele acresça economicamente seu patrimônio, mas, sim, transmitir o bem sob certa condição, para que fique transitoriamente no domínio do fiduciário, até que se cumpra o prazo ou a condição a que está subordinado.

O propósito basilar da formação do patrimônio de afetação é, como já visto, o de assegurar a incolumidade de certos bens que estão destinados a determinado fim, afastando-os das conseqüências de eventual quebra das partes envolvidas. A doutrina e, em particular, a legislação hispano-americana, consagram o entendimento de que o patrimônio de afetação é distinto dos outros patrimônios, sobretudo dos patrimônios próprios daqueles que figuram no fideicomisso, isto é, o fideicomitente, o fiduciário e o fideicomissário, de modo a fixar de maneira inequívoca a incolumidade dos bens afetados, preservando-os dos efeitos de eventual insolvência de qualquer dessas pessoas. Releva notar que, embora adquirindo a propriedade, o fiduciário o faz limitadamente, estando atrelado a essa aquisição, na verdade, seu dever de administrar a propriedade e restituí-la ao fideicomitente ou ao beneficiário. Ao traçar o perfil das figuras integrantes do fideicomisso (fideicomitente, fiduciário e fideicomissário), na configuração moderna que lhe empresta o direito hispano-americano, o autor mexicano Cervantes Ahumada assim delineia a configuração do patrimônio de afetação, pela via da limitação de poderes das pessoas nele envolvidas: "A nenhuma dessas três pessoas pode ser atribuível o patrimônio constituído pelos bens fideicomitidos, devendo entender-se que se trata de um patrimônio afetado a um fim determinado, que se encontra, portanto, fora da situação normal em que estão colocados os patrimônios. Não importa, efetivamente, o problema da propriedade, porque o

patrimônio fideicomitido pode estar constituído por direitos que não constituem propriedade em sentido jurídico ('podem ser objeto de fideicomisso toda classe de bens ou direitos', diz o art. 351), e porque, em qualquer caso, se se tratar de direitos dominicais, estes terão sido retirados do regime normal da propriedade para colocar-se sob o regime da propriedade do fiduciário. O fiduciário é titular, não proprietário. Por titularidade se entende a qualidade jurídica que determina o poder de uma pessoa sobre um direito ou pluralidade de direitos dentro de uma relação jurídica. O poder do fiduciário sobre o patrimônio fideicomitido estará determinado pelo ato constitutivo do fideicomisso, e se não o estiver, estará determinado pela natureza do fim a que os bens fideicomitidos se destinam. (...) O fiduciário, repetimos, terá a titularidade do patrimônio fideicomitido, vale dizer, o poder sobre dito patrimônio, na medida em que seja necessário para a consecução do fim do fideicomisso."¹⁰²

Segundo essa doutrina, haverá um patrimônio distinto dos patrimônios gerais daqueles que intervêm no negócio fiduciário; a nenhum desses participantes pode ser atribuída a titularidade desse patrimônio, pois se trata de um patrimônio afetado a um determinado fim, que se forma fora do âmbito de configuração normal de um patrimônio; sobre os bens afetados não se pode exercer senão os direitos e as ações que digam respeito ao negócio fiduciário respectivo, observando Landerreche Obregón, ao comentar a legislação sobre fideicomisso mexicana¹⁰³, que "... em razão da autonomia do fideicomisso, as obrigações contraídas pelo fiduciário no desempenho de seu cargo só podem circunscrever-se ao patrimônio do fidei-

102 AHUMADA, Raul Cervantes, *Naturaleza jurídica del fideicomiso en el derecho mejicano*, "Jus", México, 1942, t. X, n° 50, pp. 194 e segs., *apud* Saturnino Jorge Funes, *ob. cit.*, p. 76.

103 OBREGÓN, Juan Landerreche, *Naturaleza del fideicomiso en el derecho mejicano*, in Jus (Revista de Derecho y Ciencias Sociales), México, setembro de 1942, t. IX, n. 50, pp. 201/203, *apud* Villagordoa Lozano, *ob. cit.*, p. 94.

comisso, sem que por elas responda o próprio fiduciário, nem, muito menos, o fideicomitente ou o fideicomissário. Uma última e importante consequência da autonomia do patrimônio do fideicomisso é que este não sofre os efeitos da quebra do fideicomitente, do fiduciário e do fideicomissário”.

Na América espanhola a experiência mexicana é efetivamente a mais fecunda, dado que esse país foi o primeiro a adotar essa nova configuração de fideicomisso. A jurisprudência mexicana dispõe de importantes decisões sobre essa nova configuração, da qual releva destacar a que analisa a natureza jurídica do fideicomisso, nos seguintes termos: “O fideicomisso é um negócio jurídico por meio do qual o fideicomitente constitui um patrimônio fiduciário autônomo, cuja titularidade se concede à instituição fiduciária, para a realização de um determinado fim; mas, ao definir-se como um patrimônio fiduciário autônomo, com isso se assinala, particularmente, que é diverso dos patrimônios próprios das partes que intervêm no fideicomisso, ou seja, é distinto dos patrimônios do fideicomitente, do fiduciário e do fideicomissário. É um patrimônio autônomo, afetado a certo fim, sob a titularidade e execução do fiduciário, que se acha investido de todos os direitos e ações necessárias ao cumprimento do fideicomisso, naturalmente de acordo com suas regras constitutivas e normativas. Os bens entregues em fideicomisso saem, portanto, do patrimônio do fideicomitente para ficar como patrimônio autônomo ou separado, de afetação, sob a titularidade do fiduciário, na medida necessária para o cumprimento dos fins da supra-referida afetação; fins de acordo com os quais (e de conformidade com o pactuado) poderá apresentar-se dito titular em juízo como autor ou réu, assim como vender, alugar, ceder, etc.” (Amparo directo 5.567/74. ‘Banco Internacional Inmobiliário S.A.’, 15 de junho de 1979. Maioria três votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo)¹⁰⁴

104 *Apud* MARTÍNEZ, Domínguez, ob. cit. p. 116.

Efetivamente, os bens objeto de fideicomisso saem do patrimônio do instituidor e são atribuídos à titularidade do fiduciário, mas colocados num patrimônio de afetação. O fato de serem atribuídos ao fiduciário atende tão somente à necessidade de existência de um titular para cada patrimônio, não significando de forma alguma que o fiduciário, por ser o titular, tenha plenos poderes sobre os bens. Tem o fiduciário, somente, os poderes necessários ao cumprimento da finalidade da afetação.

Quanto à exigência de previsão legal para constituição de patrimônios de afetação, os precedentes do direito positivo hispano-americano não deixam qualquer dúvida de que, para que se constitua, validamente, um patrimônio fiduciário, diverso dos patrimônios das partes figurantes do fideicomisso, ou seja, fideicomitente, fiduciário e fideicomissário, essa previsão legal é indispensável, admitindo-se, eventualmente, que a faculdade de formação de patrimônios autônomos esteja implícita no texto legal. Exemplo dessa última hipótese é a legislação sobre fideicomissos da Venezuela, que, embora não contenha disposição explícita quanto à autorização, deixa claro que os bens fideicomitidos não atendem à garantia comum dos credores, mas se destinam com exclusividade à satisfação das obrigações do patrimônio criado em função do fideicomisso e para os fins deste. Trata-se do art. 2º do Decreto n° 561, de 1966 (lei venezuelana dos fideicomissos), de cujo teor se infere, claramente, a autorização legal para constituição de patrimônio de afetação.¹⁰⁵

Com efeito, embora não contemple, em termos explícitos, autorização para constituição de patrimônio autônomo em razão do fideicomisso, essa norma implicitamente a admi-

105 "Art. 2º - Os bens transferidos, e os que os substituam, não pertencem à garantia comum dos credores do fiduciário. Salvo se a lei dispuser de modo diverso, este só estará sujeito a atender com esses bens as obrigações que derivem do fideicomisso ou de sua realização, e poderá opor-se a toda medida preventiva ou de execução promovidas por credores que tenham por objeto créditos não oriundos do fideicomisso ou de sua realização."

te, ao excluir expressamente o patrimônio de afetação da garantia comum dos credores e deixa claro que os bens transferidos em fideicomisso deverão atender à realização do fim para o qual foi criado e para pagamento das obrigações provenientes da realização desse fim. Obviamente, devem ser atendidas com o patrimônio autônomo as obrigações contraídas para consecução da finalidade do fideicomisso, para conservação ou manutenção dos bens a ele afetados, bem como as obrigações fiscais e demais encargos pertinentes aos bens afetados. Essa correlação entre direitos e obrigações inerente à noção de patrimônio aplica-se, por certo, aos patrimônios de afetação.

A legislação dos diversos países latino-americanos que reformularam o fideicomisso utilizam diferentes denominações para identificar o patrimônio fiduciário: o México (art. 351, da Lei de Títulos e Operações de Crédito) e Honduras (art. 1.048 do Código de Comércio) utilizam a denominação *bens afetados*; a Colômbia (art. 1.233 do Código de Comércio), Costa Rica (art. 634 do Código de Comércio), o Chile (arts. 132, 136 e 138 da Lei 19.301) e a Argentina (art. 14 da Lei 24.441) utilizam as denominações *patrimônios autônomos ou separados*.

3.5.3. O patrimônio separado no direito italiano

O fenômeno da segregação patrimonial está contemplado no direito positivo italiano, no âmbito dos fundos comuns de investimento, tendo sua regulamentação adaptado a figura do *investment trust* a partir de 1983,¹⁰⁶ e, bem assim, no campo da securitização de créditos.¹⁰⁷

106 Leis de 23/3/83, nº 77, de 14/8/93, nº 344 e de 25/1/94, nº 86, que regulamenta, respectivamente, os fundos comuns de investimentos abertos, os fundos de investimento imobiliário fechados e os fundos de investimento imobiliário fechados.

107 Lei de 30/4/99, nº 130, que regulamenta a securitização de créditos (*cartolarizzazione dei crediti*).

Qualifica-se o fundo comum de investimento como uma espécie de *investment trust*, que se caracteriza pela transferência fiduciária de numerário do investidor a um *trustee*, para administração, para a qual se cria um patrimônio autônomo, em forma aproximada à de uma cooperativa de investimento. Trata-se de um "patrimônio autônomo coletivo desprovido de personalidade jurídica".

A assimilação dessa figura anglo-saxônica pelo direito positivo italiano se fez no contexto da organização do mercado de capitais europeu, cujos pressupostos compreendem uma disciplina mais nítida da atuação da sociedade de investimento, sobretudo no que tange à captação de recursos do público, e, conseqüentemente, uma tutela mais efetiva dos direitos dos investidores. A esse propósito, observa Pietro Maria Putti que para realização de tais objetivos é de se estabelecer um regime de separação entre o patrimônio do fundo e o daqueles que a ele aderem, prescrevendo-se a atribuição dos resultados da gestão do fundo aos investidores, ao lado de um complexo sistema de controle e garantia a favor dos investidores.¹⁰⁸

Os fundos de investimento fechados, mobiliários e imobiliários, seguem essa orientação, sendo regulados pelas Leis nº 344, de 14/8/93, e 86, de 25/1/94.

Essa legislação é expressa no sentido de que, para todos os efeitos, os fundos constituem patrimônio distinto do patrimônio da sociedade administradora, dos patrimônios dos participantes do fundo, bem como dos outros fundos geridos pela mesma administradora. Assim separado, esse patrimônio especial é dotado de imunidade em face de eventual desequilíbrio da sociedade administradora, sendo explícita a legislação no sentido de que o patrimônio do fundo não pode ser atingido por efeito de ações ou execuções por obrigações ou dívidas da sociedade administradora. De outra parte, eventuais ações

108 PUTTI, Pietro Maria, *I fondi comuni di investimento*, in Revista Doutrinária do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado, 2000, p. 57.

dos credores dos investidores também não podem agredir o patrimônio do fundo, devendo limitar-se às quotas de que seja titular o investidor em questão (Lei 344/93, capítulo II, nº 8/6).

No mesmo sentido, a Lei nº 130, de 30/4/99, dispõe sobre as operações de *cartolarizzazione*, realizada mediante cessão de créditos pecuniários a título oneroso, e, com lastro nesses créditos, emissão de títulos para colocação no mercado.

Estão autorizadas a operar sociedades que tenham por objeto exclusivo a realização de uma ou mais operações de securitização de créditos.

Em 2001, por meio dos Decretos nºs 350 e 351, passou a ser permitida a securitização de créditos do Estado.

Os créditos vinculados à securitização constituem, para todos os efeitos, patrimônio separado do patrimônio comum da sociedade emissora e dos patrimônios separados relativos a outras operações. Tais patrimônios separados estão imunes a ações promovidas por credores diversos dos subscritores dos títulos securitizados.¹⁰⁹

3.5.4. A segregação patrimonial no direito francês

Sintetizando alguns importantes estudos e trabalhos desenvolvidos na França, a Proposição de Lei nº 178-2005, do Senado Francês, intitulada *De la fiducie*, contempla alteração do Código Civil, propondo nova redação aos seus artigos 2062 e seguintes, nos quais regulamenta a instituição desse negócio jurídico, contemplando o respectivo regime fiscal, contábil, nor-

¹⁰⁹ *I crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi* (Lei 130/99, art. 3, 2, in <http://www.parlamento.it/parlama/leggi/991391.htm>)

mas de combate à lavagem de dinheiro e de natureza penal visando submeter o fiduciário a penas por abuso de confiança¹¹⁰

Atualizando a concepção da fidúcia, essa proposição não difere das demais construções adotadas nos países de tradição jurídica romana.

Em linhas gerais, a proposição contempla a definição do contrato de fidúcia, os requisitos exigidos para figurar como fiduciário, os direitos e as obrigações das partes, os efeitos, notadamente a segregação patrimonial e a exclusão da massa falida, a destituição do fiduciário e as hipóteses de extinção do contrato.

O contrato de fidúcia vem definido como o ato pelo qual se transferem determinados bens a um fiduciário, pessoa natural ou jurídica, e se atribui a este o encargo de gerir esses bens visando o cumprimento de determinada finalidade, que pode ser de gestão, garantia ou de transmissão a título oneroso, em proveito de um ou mais beneficiários.

A transferência dos bens ou direitos ao fiduciário importa na criação de um patrimônio de afetação, denominado patrimônio fiduciário, distinto do patrimônio pessoal do fiduciário e de todos os outros patrimônios fiduciários.

Os bens e direitos transferidos ao fiduciário formam patrimônio separado, que não se confunde com o do fiduciário. Em caso de falência do fiduciário, os bens não são arrecadados à massa; em caso de morte do fiduciário, os bens não fazem parte de sua sucessão. Se o contrato não previr o valor dos bens e ocorrer a falência do fiduciário, deverão eles ser objeto de avaliação por perito, salvo se se tratar de soma de dinheiro ou títulos e contratos a termo cotados no mercado.

Não pode exercer as funções de fiduciário aquele que estiver sujeito a restrições em razão de interdição, falência, liquidação extrajudicial ou concordata, assim como aquele que tiver sido sofrido condenação penal ou profissional por fatos contrários à honra, à probidade e aos bons costumes.

110 Disponível em <http://www.senat.fr/leg/pp104-178.html>.

O fiduciário poderá ser destituído caso cometa falta grave no desempenho de seus deveres ou coloque em risco os interesses a ele confiados. A destituição se faz por decisão judicial.

A fidúcia se extingue por ocorrência do seu termo ou pela realização do escopo. Caso o contrato não preveja as condições de sua extinção, esta se dará por decisão judicial nos casos de renúncia dos beneficiários, morte do fiduciário, liquidação judicial do fiduciário e dissolução do fiduciário, pessoa jurídica (podendo o contrato, entretanto, prosseguir até o fim da liquidação da sociedade).

A separação patrimonial constitui também requisito indispensável na securitização na França, onde o processo se denomina *titrisation*.

Para esse fim, a lei autoriza a operação de fundos comuns de créditos, sob forma de condomínios que têm por objeto adquirir créditos e emitir partes representativas deles, emitindo títulos em correspondência a esses créditos.

Os fundos caracterizam-se pela copropriedade de créditos, sem personalidade jurídica.

Podem os fundos dispor de compartimentos, a cada um deles sendo atribuído um acervo próprio de direitos e obrigações, sendo certo que o acervo de determinado compartimento só responde pelas suas próprias dívidas e obrigações e só beneficiam os credores a ele vinculados. Não se aplicam a esses condomínios as regras da indivisão previstas no Código Civil. Dada essa estrutura e função, os compartimentos assemelham-se a patrimônios afetados a determinada finalidade.

A matéria está regulamentada no contexto do Código Monetário e Financeiro, na Seção denominada *Lês fonds communs de créances*, pelo qual as condições de aquisição de créditos, emissão de títulos e sua respectiva afetação são definidas por decreto.¹¹¹

111 Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/WaspadArticleCode?commun>.

3.5.5. O patrimônio separado no direito espanhol.

No direito espanhol, a segregação patrimonial é especificamente regulamentada para fins de securitização de créditos, inicialmente pela Lei nº 19/1992, que dispõe sobre o regime das sociedades e fundos de inversão imobiliária e regulação dos fundos de titulização hipotecária, e posteriormente pelo Decreto Real 926/98, que trata dos fundos de titulização de ativos e sociedades gestoras de fundos de titulização.¹¹²

Do mesmo modo que nas demais legislações, os fundos de inversão, que não têm personalidade jurídica, constituem patrimônios separados e fechados, tendo em seu ativo créditos hipotecários e em seu passivo os títulos emitidos com lastro naqueles créditos.

3.5.6. O patrimônio autônomo no direito português.

Em Portugal denomina-se “titularização” a operação de cessão de créditos e a subsequente emissão de títulos sustentados por aqueles créditos.

No contexto da sua regulamentação, o Decreto nº 453/99, de 5 de novembro de 1999, alterado e consolidado pelo Decreto-lei nº 82/2002, de 5 de abril de 2002, disciplina a formação de um “patrimônio autônomo,” afetado à satisfação dos créditos vinculados à emissão dos títulos e das despesas desse patrimônio.

Dispõe o art. 61º do Decreto 82/2002 que os direitos creditórios dos subscritores de obrigações titularizadas “são garantidos apenas pelos créditos que lhes estão exclusivamente afectos.”

O art. 62º consagra o “princípio da segregação,” dispondo no seu nº 1 que “os créditos afectos ao reembolso de uma emissão de obrigações titularizadas, bem como o produto do reembolso daqueles e os respectivos rendimentos, consti-

¹¹² Disponível em <http://www.ua.es/aedire/titulizacionhipo.htm>.

tuem um patrimônio autônomo, não respondendo por quaisquer dívidas da sociedade de titularização de créditos até ao pagamento integral dos montantes devidos aos titulares das obrigações titularizadas que constituem aquela emissão.”

Os bens, direitos e obrigações integrantes desse patrimônio devem ser contabilizados “em contas segregadas da sociedade e identificadas sob forma codificada nos documentos da emissão.” (art. 62º, nº 2).

Uma vez pagas integralmente essas obrigações, considera-se desafetado aquele patrimônio, revertendo o saldo remanescente ao patrimônio comum da sociedade de titularização (art. 62º, nº 3).

O credor de obrigações comuns da companhia titularizadora (não integrantes do patrimônio autônomo), “apenas pode penhorar o direito ao remanescente de cada patrimônio separado se provar a insuficiência dos restantes bens da sociedade.” (art. 62º, nº 4).

O patrimônio autônomo do direito português tem natureza jurídica e função semelhantes às do patrimônio de afetação previsto nos arts. 9º a 16 da Lei nº 9.514/97, que trata da atribuição de titularidade fiduciária aos créditos que constituam o lastro da securitização de créditos imobiliários. A distinção relevante entre ambos os sistemas é que no direito português a afetação é exigência legal para toda e qualquer securitização, enquanto no direito brasileiro constitui faculdade da companhia securitizadora e essa exigência é justificada por Diogo Leite de Campos e Manuel Monteiro ao observar que “os *trusts* são muito usados (*mais, são imprescindíveis*) em matéria de titularização de créditos e de outros activos (*securitization*) nos EUA e em diversos ordenamentos jurídicos de carácter anglo-saxónico ou continental (como a Argentina).” (grifamos)¹¹³

113 CAMPOS, Diogo Leite de, e MONTEIRO, Manuel, *Titularização de créditos – Anotações ao Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de novembro*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13.

Visa o patrimônio autônomo a proteção dos investidores, confiantes em que o patrimônio autônomo responde pelas obrigações titularizadas “e seguros da sua afectac” ao exclusiva às OT neles baseadas e na impermeabilidade a processos de cumprimento e execução de outras dívidas da sociedade até ao pagamento integral dos seus direitos, dos direitos inerentes às OT de que são detentores.”¹¹⁴

De fato, os bens e direitos que formam um patrimônio de afetação destinado a determinada operação só respondem pelo resgate dos títulos e das demais obrigações vinculadas a esse patrimônio até que se conclua a consecução da operação. Esse acervo permanece incomunicável, não respondendo por nenhuma outra dívida da companhia de titularização e nem podendo a companhia dispor desses créditos. Depois de satisfeitos todos os créditos vinculados ao patrimônio autônomo, o remanescente, se houver, volta a compor o patrimônio comum da sociedade de titularização.

Os subscritores dos títulos “gozam de privilégio creditório especial sobre os bens que em cada momento integrem o patrimônio autônomo afecto à respectiva emissão, com precedência sobre quaisquer outros credores.” (art. 63º, nº 1). A previsão legal desse privilégio é dispensável, na medida em que, tratando-se de um patrimônio afetado a determinada finalidade, como já definido nas disposições anteriores do Decreto, seu acervo permanece incomunicável e só pode ser agredido por credores do patrimônio comum da sociedade se houver saldo remanescente, após o resgate integral das obrigações vinculadas ao patrimônio autônomo.

O patrimônio autônomo não sofre os efeitos de eventual insolvência da companhia de titularização, dado que a afetação a ele inerente “estende sua tutela às situações de falência da sociedade, conferindo uma tutela acrescida aos detentores

114 SILVA, João Calvão da, *Titularização de créditos – securitización*. Coimbra: Almedida, 2003, p. 131.

de obrigações titularizadas – ao contrário do que sucede em relação aos detentores de outras espécies de obrigações que serão tratados como credores comuns.”¹¹⁵

3.5.7. O patrimônio de afetação no direito brasileiro

O patrimônio de afetação, “concebido como uma massa de bens afetada ao pagamento de uma massa de dívidas”¹¹⁶, encontra correspondência no direito brasileiro, “máxime na falência, na ausência, nos regimes matrimoniais, na herança quanto às dívidas do falecido e, no tocante sobretudo a obrigações tributárias, no estabelecimento comercial”, e está presente no direito português, como observa o Professor Luiz Roldão de Freitas Gomes:¹¹⁷

“Versam os juristas lusos ainda (cf. o excelente estudo do Prof. Vaz Serra, pp. 37 e segs.), sobre o patrimônio autônomo ou separado, como meio também de garantia especial das obrigações. Tem lugar no matrimônio, nas sociedades civis e comerciais e na herança (GUILHERME MOREIRA, JAIME GOUVEIA, PIRES DE LIMA, PAULO CUNHA e GALVÃO TELLES); na compropriedade, no estabelecimento comercial, nas empresas industriais, navios e rebanhos (J. TAVARES); na ausência e na falência (JAIME GOUVEIA, PIRES DE LIMA, PAULO CUNHA); no bem de família (PAULO CUNHA e PIRES DE LIMA); nas doações universais, na extinção das pessoas jurídicas e no patrimônio do mar-navio (PAULO CUNHA e GALVÃO PIRES); e na transmissão de patrimônio (GALVÃO TELLES)”. Salienta o Professor Luiz

115 CAMPOS, Diogo Leite de, e MONTEIRO, Manuel, ob. cit., p. 103.

116 FERRARA, *Trattato*, I, pp. 689 e segs., apud Luiz Roldão de Freitas Gomes, “As garantias da obrigação no aspecto substantivo e processual no Direito Brasileiro (um estudo de Direito Luso-Brasileiro)”. In: *Revista Arquivos do Tribunal de Alçada*, do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, n. 21, ps.16/27.

117 Ob. cit. p. 18.

Roldão que o patrimônio autônomo não é objeto de disciplina própria e separada em nosso direito, no qual, "Segue, todavia, a diretriz de direito moderno, como já o fazia notar FERRARA (Tratado, pp. 875 e segs.), caracterizando-o como *'un centro autonomo che non altro rapporto col patrimonio che gli sta vicino, cheil legume d'avere lo stesso soggetto'* assinalando que *'l'unico criterio per riconoscere l'esistenza del patrimonio separato è questo della responsabilità per debiti'*."

A teoria do patrimônio autônomo, nessa concepção de Ferrara, admite que as pessoas possam ser titulares de mais de uma massa patrimonial, com tratamento e finalidade jurídica diferentes, com capacidade para estabelecer relações jurídicas e dívidas próprias, mantendo-se essa massa patrimonial completamente afastada das vicissitudes a que esteja sujeito o patrimônio geral do seu titular.

Ressalta o Professor Luiz Roldão de Freitas Gomes, entretanto, que o fato de não existir um capítulo específico em nosso Código Civil não implica a inexistência de garantias gerais e específicas das obrigações. No que interessa a este trabalho, salienta que as garantias contempladas em legislação especial, de natureza fiduciária, como são os casos daquelas decorrentes do contrato de alienação fiduciária e de cessão fiduciária de créditos em garantia (art. 66 da Lei 4.728, de 1965, com a redação dada pelo Decreto-lei 911, de 1969, Lei 4.864, de 1965 e Decreto-lei 70, de 1966).

De fato, a citada legislação introduziu no direito positivo brasileiro a noção de propriedade fiduciária e do patrimônio de afetação com vistas à estruturação do mercado de capitais e como garantia do crédito.

A evolução dos esforços para assimilação da idéia do *trust* nos países de tradição romana, embora não tenha resultado em assimilação plena, por intransponíveis dificuldades dogmáticas e históricas, deu origem ao aproveitamento de alguns dos elementos do instituto anglo-americano. Com efeito, a construção de Pierre Lepaulle, acolhida pela legislação de parcela ponderável dos países latino-americanos, mostra que,

com a constituição de patrimônio de afetação, é possível alcançar-se praticamente os mesmos efeitos do *trust*, permitindo uma razoável visualização da função, dos efeitos e da dinâmica desse negócio e a assimilação desses aspectos nos sistemas de filiação romana.

É na linha dessa concepção que se encontra a estrutura dos fundos de investimento, formulada no direito brasileiro a partir da vigência da Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 4.728, de 1965), notadamente aquela pertinente ao fundo de investimento imobiliário, regulado pela Lei nº 8.668, de 1993.

É verdade que, quanto ao patrimônio de afetação, as disposições precursoras atinentes à constituição dos fundos de investimento em geral, isto é, os arts. 49 e 50 da Lei nº 4.728/65, não explicitam a configuração peculiar desse patrimônio, apenas aludindo, timidamente, à constituição de condomínios para a formação dos fundos e à segregação da contabilidade desses fundos, e atribuindo competência ao Conselho Monetário Nacional para a regulamentação dessa atividade. É na regulamentação do CMN que se vai encontrar, com minúcias, a explicitação quanto à segregação patrimonial dos recursos dos fundos de investimento em geral. Diferentemente daquela legislação de 1964, a lei de 1993 sobre os fundos de investimento imobiliário define as características da propriedade fiduciária, constituída pelos bens e direitos do fundo, e determina a constituição de patrimônio autônomo com esses bens e direitos, separado do patrimônio da instituição administradora.

Efetivamente, muito embora a Lei nº 4.728/65, como se disse, não seja explícita quanto à segregação do patrimônio dos fundos, sua estruturação e sua dinâmica conformam-se exatamente a esses princípios: no fundo de investimento de ações, por exemplo, o investidor entrega numerário à empresa administradora do fundo para que esta negocie ações em proveito dele, investidor, comprando-as e com elas constituindo um patrimônio especial, de afetação, que não se con-

funde com o patrimônio da instituição, ficando esta investida de todo o poder de disposição sobre a *res* que constitui esse patrimônio, isto é, o conjunto de ações, podendo comprá-las e vendê-las para adequar a carteira do fundo à dinâmica do mercado, sem necessidade de consulta ao investidor, mas ressalvado que seu poder de disposição é limitado, porque contingenciado pela afetação do patrimônio.

A idéia da afetação de patrimônio está presente de maneira ainda mais nítida na Lei nº 8.668, de 1993, que disciplina a constituição dos fundos de investimento imobiliário; nesse diploma legal, o caráter fiduciário da propriedade, e a consequente constituição do patrimônio de afetação, são previstos de maneira expressa, estando ali prescrito que os bens imóveis objeto dos investimentos são adquiridos diretamente pela instituição administradora, mas em caráter fiduciário, ficando esses bens afetados à finalidade do fundo; essa finalidade é definida em regulamento, sendo certo que do registro da propriedade fiduciária, no Registro de Imóveis, devem constar as limitações decorrentes do caráter fiduciário dessa propriedade.

Posteriormente, a teoria da afetação foi utilizada para segregação de riscos no negócio de incorporação imobiliária, importante atividade em que se promove captação de recursos do público para construção de edifícios compostos por unidades imobiliárias autônomas, nos termos da Lei nº 4.591/64.

Com efeito, a Lei nº 10.931/2004 acrescenta os arts. 31A a 31F à Lei nº 4.591/64, estabelecendo as condições da segregação patrimonial do acervo do negócio da incorporação imobiliária.

Uma vez instituído o regime da afetação a determinada incorporação imobiliária, o acervo a ela correspondente passa a constituir um núcleo patrimonial destacado dentro do patrimônio da empresa incorporadora e se desenvolve com autonomia funcional em relação ao patrimônio geral da empresa, bem como em relação às demais incorporações imobiliárias por ela desenvolvidas.

Assim, o complexo de bens, direitos e obrigações relativo à incorporação afetada, isto é, de um lado, o terreno, as ações, as receitas provenientes da venda das unidades e, de outro lado, as obrigações (entre as quais as de natureza fiscal, trabalhista, os débitos por aquisição de materiais etc), formam um núcleo patrimonial destacado, que, embora continue a integrar o patrimônio geral do incorporador, opera com a autonomia necessária à consecução da incorporação. Esse regime estabelece rigorosa vinculação entre as receitas e as despesas do empreendimento, pela qual as receitas devem ser destinadas à satisfação das obrigações relacionadas à respectiva incorporação, não podendo ser desviadas para outras obras ou para outras finalidades que não estejam vinculadas à completa realização da construção e entrega das unidades aos respectivos adquirentes, ressalvado que a quantia que exceder o *quantum* necessário à realização da incorporação está excluída da afetação, podendo, obviamente, ser livremente utilizada pela empresa incorporadora.

De fato, na medida em que corresponda a um complexo de direitos e obrigações funcionalmente organizado para determinada finalidade, o patrimônio de afetação responde somente pelas obrigações relativas a essa massa, excluídas as obrigações estranhas a ela. Esse acervo, entretanto, continua a integrar o patrimônio geral do incorporador e deve operar em articulação com ele. A autonomia que se confere ao patrimônio separado é para que se assegure o cumprimento da função a ele atribuída, daí porque, concluída a incorporação, os resultados obtidos serão apropriados no balanço geral da empresa incorporadora.

A afetação visa, nessa hipótese, a um só tempo, suprir a vulnerabilidade dos adquirentes de imóveis "na planta" e segregar os riscos dos demais credores de cada empreendimento. Para esse fim, põe à disposição dos adquirentes, por meio da sua Comissão de Representantes, meios para acompanhar eficientemente a obra e, se for o caso, substituir a empresa

incorporadora, dando prosseguimento à obra com as receitas próprias da incorporação.

Na medida em que não rompe com o princípio da unidade do patrimônio, a afetação não interfere no conteúdo do direito subjetivo da empresa incorporadora, que obviamente conserva sua qualidade de proprietária do empreendimento e de titular dos direitos creditórios a ele relativos. Não obstante, restringe o modo de exercício dos seus poderes, condicionando-o à consecução da incorporação, nos termos programados, pois a afetação atribui ao incorporador um poder-dever sobre a propriedade em que está envolvida a incorporação, segundo a finalidade econômica e social do negócio incorporativo. De outra parte, a afetação não altera a responsabilidade do incorporador, que se mantém como sujeito passivo das obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributárias etc relacionadas ao empreendimento.

Importa ressaltar que, não sendo possível afastar por completo os riscos a que possam estar sujeitos os adquirentes, ficam esses riscos, com a afetação, segregados por empreendimento, significando que eles ficam contidos no limite das forças próprias do empreendimento. Se o incorporador vier a falir, o empreendimento não será arrecadado à massa, mas passará a ser administrado diretamente pelos adquirentes. Vale dizer: os adquirentes e os credores de determinada incorporação têm reservado para satisfação dos seus direitos o acervo do empreendimento e, por outro lado, não sofrem os efeitos dos desequilíbrios do patrimônio geral do incorporador, nem sendo seus direitos contaminados por eventual insucesso de outros empreendimentos do mesmo incorporador, porque os compromissos de cada empreendimento devem ser atendidos pelas suas receitas próprias. A afetação, entretanto, não exonera o incorporador das suas responsabilidades, permanecendo ele responsável nos termos da lei e do contrato, inclusive com seus bens pessoais, de modo que deve suprir os recursos para execução da incorporação caso a receita própria desse negócio não seja suficiente para sua consecução.

3.6. Propriedade fiduciária — Conceito, natureza e características.

Propriedade fiduciária é uma propriedade limitada pelas restrições que sofre em seu conteúdo, em virtude da finalidade para a qual é constituída, tendo duração limitada, enquanto perdurar o escopo para o qual foi constituída.

A propriedade fiduciária surge da realização de negócios de natureza fiduciária, mas com estes não confunde sua natureza: enquanto no negócio fiduciário se tem uma relação contratual, na propriedade fiduciária tem-se um direito real. Na configuração do fideicomisso hispano-americano e das figuras de natureza fiduciária do direito brasileiro, o traço que distingue o negócio fiduciário propriamente dito dessas figuras fiduciárias tipificadas na lei é que nestas últimas a transferência da propriedade se faz a título de confiança, em caráter temporário e condicional; vale dizer: a transferência fiduciária não implica aumento do patrimônio do fiduciário, mas se faz para que este dê uma específica destinação aos bens transmitidos.

São numerosas as teorias desenvolvidas para configurar a propriedade fiduciária.

Caracterizando-a como um direito real especial, sustenta Cariota-Ferrara que, em decorrência do negócio jurídico fiduciário, o fiduciário é proprietário como qualquer outro, sendo inexacto falar-se em *propriedade fiduciária*.

No mesmo sentido, Navarro Martorell afirma que a propriedade fiduciária não é especial, limitada ou dividida, mas é uma propriedade plena com certas características que a fazem merecedora de uma denominação peculiar. Nesse sentido, sustenta que o fiduciário adquire a plenitude da propriedade, não somente frente a terceiros mas, também, frente ao próprio fiduciante.¹¹⁸

118 MARTORELL, Navarro, *La Propiedad Fiduciaria*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1950, p. 178.

A doutrina alemã desenvolveu teorias que concebem a constituição de dois direitos de propriedade distintos, um tendo como titular o fiduciante e outro tendo como titular o fiduciário, admitindo que o fiduciário adquire a propriedade externa ou formal e que o fiduciante conserva a propriedade material.¹¹⁹ Disso resulta que o fiduciário, sendo proprietário da coisa para efeitos externos, estaria legitimado para fazer valer seu direito de forma plena perante terceiros, enquanto perante o fiduciante é um simples detentor para fins de administração. Siebert, ponderando adequadamente os interesses das partes, a equidade e a realidade econômica de que a coisa objeto do fideicomisso pertence ao fiduciário, inclina-se por uma solução mais flexível, considerando que este, o fiduciário, é titular de um *direito real especial*, semelhante ao *beneficial owner* do direito anglo-saxão; Boehmer entende que o fiduciário adquire a coisa sob condição extintiva e que o fiduciante conserva um direito real de expectativa de recuperação da coisa;¹²⁰ Wolf e Nipperdey afirmam que o fiduciário é proprietário *erga omnes*, exceto perante o fiduciante, que, na relação jurídica com o fiduciário, continua a ser o proprietário; já Flume compara o fiduciário ao *treuhänder*; Westermann considera que a propriedade fiduciária confere ao fiduciário um direito de garantia preferencial, não tendo a relação jurídica entre fiduciário e fiduciante a eficácia de transmissão de propriedade, senão um pacto com finalidade de garantia, enquanto Hedemann assinala que o fiduciário é um mero pos-

119 Dernburg, Jaeger, Endemann, citados por Navarro Martorell, ob. cit., p. 194.

120 A construção é a adotada pelo direito brasileiro na conceituação do contrato de alienação fiduciária, pelo qual o fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência da propriedade resolúvel da coisa ao fiduciário, conservando a expectativa de recuperá-la mediante o pagamento da dívida para cuja garantia foi constituída a propriedade fiduciária (cf. art. 66 da Lei n. 4.728, de 1965, com a redação dada pelo Decreto-lei n. 911, de 1969, e art. 22 da Lei n. 9.514, de 1997).

suidor com aparência de dono, e que recebe um direito *in re aliena* criado pelo costume¹²¹.

Como se vê, quase todas essas construções sustentam-se na idéia de que o fiduciário recebe uma propriedade formal com poder de disposição, enquanto o fiduciante conserva a propriedade material, estabelecendo-se um desdobramento de relações em que se distingue uma relação interna, que é estabelecida entre o fiduciante e o fiduciário, e uma relação externa, que é estabelecida entre o fiduciário e terceiros.

A dicotomia da titularidade é incompatível com a concepção romanística, pois nesta a exclusividade é um dos caracteres fundamentais do direito de propriedade, significando que a propriedade implica, em substância, *o direito de excluir da coisa a ação de pessoas estranhas*¹²²; por isso, nos sistemas de tradição romana não se admite a coexistência simultânea de dois direitos de propriedade sobre a mesma coisa, salvo quando se trate de propriedade de quinhões sobre a coisa, não sendo possível, pois, o desdobramento da propriedade, pelo qual o fiduciário seria proprietário perante todos, menos perante o fiduciante, este que permaneceria como proprietário material.

Na conformação do conceito de propriedade fiduciária, importa considerar a coexistência dos princípios da elasticidade e da consolidação, presente na noção dos direitos reais, princípios que operam dinamicamente, propiciando o desmembramento do direito de propriedade em vários outros tipos de direitos reais.

Essa capacidade de expansão ou de compressão caracteriza a propriedade não pela soma das faculdades que constituem seu conteúdo, mas, sim, como observa Gustavo Tepedi-

121 As teorias mencionadas são comentadas por Frederico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 399/400.

122 PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, ed. histórica, 1977, p. 99.

no, invocando Lodovico Barassi,¹²³ por efeito da retirada dos fatores de compressão a que se encontrava submetida.

Com efeito, para determinados fins, como, por exemplo, o de garantia, admite-se sejam reduzidos os atributos inerentes à propriedade até o limite de um conteúdo mínimo do direito subjetivo do proprietário, num processo em que esse conteúdo vai se expandindo ou vai sendo comprimido, sem que, entretanto, o domínio perca sua natureza essencial; esse processo não fraciona o domínio, apenas o comprime, reduzindo-o até um limite mínimo considerado suficiente pelo ordenamento para que a propriedade conserve seu conteúdo essencial. Assim, pode-se reduzir o conteúdo da propriedade mediante imposição de certas limitações, cuja retirada importa descompressão, que faz com que a propriedade retome plenamente seu conteúdo anterior.

A propósito, observa Pugliatti que o direito de propriedade tem capacidade de compressão na medida em que pode suportar o peso dos direitos reais a favor de outro, conforme um limite legal ou convencional, tendo, de outro lado, uma capacidade de expansão na medida em que, extintos tais direitos ou limitações, readquire toda a sua plenitude e integridade.¹²⁴

Com efeito, essa elasticidade de que são dotados os direitos reais é capaz de aumentar ou diminuir as faculdades que compõem o conteúdo do direito de propriedade, propiciando a conformação de novos conceitos no plano do direito das coisas, *qualificando* a propriedade conforme a função que deva exercer, até porque "não é possível reduzir a multiplicidade de todas as possíveis relações entre os homens e as coisas

123 TEPEDINO, Gustavo, *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 80.

124 *La proprietà*, in *Instituzioni di Diritto Civile*, vol. V, p. 5, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milão, 1935, *apud* ALVES, José Carlos Moreira, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 123.

a um certo número fixo de direitos reais com um conteúdo determinado.”¹²⁵

Disso deflui que a propriedade pode sofrer restrições endógenas, na senhoria, de intensidade variável, de modo tal que podem reduzir seu conteúdo a mero título jurídico, como sucede, por exemplo, com a enfiteuse. Isso, entretanto, não implica o desaparecimento do direito de propriedade, como assinala José Carlos Moreira Alves: “Isso não obstante, o direito de propriedade persiste, e, com o desaparecimento dessas limitações, readquire, automaticamente, seu conteúdo anterior. A esse fenômeno tem-se dado a denominação de *elasticidade da propriedade* (*Elasticität des Eigentums*), porquanto esse direito real, por ação de pressão exterior, tem as faculdades jurídicas reduzidas, mas, no instante em que o elemento compressor desaparece, ele volta a apresentar o seu conteúdo com a amplitude originária, de modo automático, e, portanto, independentemente de qualquer ato que as reintegre nele, o que seria necessário se tivesse perdido tais faculdades. Por isso mesmo, acentua Castan Tobeñas que o domínio *‘es elástico, porque esas facultades pueden ser objeto de ampliaciones o reducciones, en cantidad o en intensidad, sin que por ello pierda el dominio su naturaleza esencial’.*”

Assim, a partir de um conteúdo mínimo, firma-se uma noção de utilidade como fator essencial da propriedade, como observa Frederico Henrique Viegas de Lima: “este conteúdo essencial é um instrumento de realização da personalidade econômica do sujeito em determinado caso concreto, conciliando a realização do individual com o social. Não sendo ligado ao tamanho do poder que tem seu titular — seja grande ou pequeno —, mas sim, autônomo, imediato e exclusivo em relação à própria coisa (...) Partindo da noção e da transposição deste conceito para as garantias reais, busca-se uma figura

125 RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*. Coimbra: Arménio Amado — Editor, Sucessor, 1974, p. 268.

jurídica que possa conciliar um duplo interesse: um negócio jurídico de garantia que permita a existência do assenhoreamento pelo credor do bem objeto da mesma, sem contudo privar o devedor de sua utilização.”¹²⁶

Para Moreira Alves, “é o que sucede com a propriedade fiduciária”, em que a limitação legal lhe é imposta para atender ao escopo de garantia, pois, “enquanto esse escopo perdura, a lei atua como elemento de compressão sobre o conteúdo do domínio atribuído ao credor; deixando de ser necessária a garantia, cessa a pressão, e, automaticamente, a propriedade volta à sua plenitude anterior.”¹²⁷

Efetivamente, a possibilidade de expandir ou comprimir as faculdades inerentes à propriedade atende às mais relevantes e freqüentes necessidades econômicas e sociais da sociedade contemporânea, seja para garantia, para investimento, administração ou qualquer outra função econômica em que se necessite flexibilizar o direito de propriedade. Atende, fundamentalmente, à necessidade de vultosos investimentos nos mais variados campos, na medida em que a propriedade fiduciária, decorrente dessa capacidade de expansão ou de compressão, pode constituir patrimônio de afetação, como adiante se verá, que não sofre os efeitos de eventual insolvência dos integrantes da relação jurídica. É o caso, por exemplo, dos *investment trust* em geral, em que o investidor confia seus investimentos a uma instituição administradora de fundos, agindo esta como proprietária dos bens e direitos do fundo de investimento¹²⁸. Como observa Aderbal da Cunha Gonçalves, a crescente transformação provocada pelas necessidades econômicas e sociais “retira do domínio aquela situação bonançosa de repouso, para transformá-lo em um poder jurídico que

126 LIMA, Frederico Henrique Viegas de, *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 110.

127 *Alienação...*, p. 123.

128 V. *Fundos de Investimento*.

se 'encontra num rio vivo e de constante evolução' como se refere Hedemann."¹²⁹

Nesse processo de transformação, coerentemente com a idéia da elasticidade do domínio, consolida-se a noção da propriedade fiduciária como uma espécie de propriedade limitada, cujas restrições são impostas pela lei.

A propriedade fiduciária é direito real caracterizado pelo fato de que é constituído precipuamente para determinado fim e somente para perdurar enquanto existir o escopo para o qual foi constituída. A propriedade, nesse mister, não é atribuída em caráter perpétuo, mas constitui-se como um direito real temporário, que é limitado para atender à finalidade para a qual foi constituída. Sua duração, portanto, está subordinada ao implemento da condição sob a qual foi constituída. É neste aspecto que a propriedade fiduciária se distingue com maior nitidez da propriedade plena — aquela é limitada pela sua própria finalidade, pelo escopo para o qual foi criada; a transmissão da propriedade para o fiduciário não se faz de forma plena e definitiva, mas de forma restrita e temporária.

A distinção se mostra de maneira especialmente nítida no *Esboço do Código Civil* de Teixeira de Freitas, que desdobra o domínio em duas espécies, o *domínio perfeito* e o *domínio imperfeito*, caracterizando o domínio perfeito como o "direito real perpétuo de uma só pessoa sobre uma coisa própria (art. 4.072) e o domínio imperfeito, o direito real resolúvel, ou fiduciário, de uma só pessoa sobre uma coisa própria (...) ou o reservado pelo dono perfeito de uma coisa, que aliena somente seu domínio útil" (art. 4.300). Na conceituação desses direitos reais, Teixeira de Freitas deixa clara a delimitação a que estão circunscritas a propriedade resolúvel e a propriedade fiduciária; o domínio resolúvel e o fiduciário seriam subespécies de *domínio imperfeito*, sendo o resolúvel aquele que é

129 GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *Da propriedade resolúvel*. São Paulo: RT, 1979, p. 209.

“subordinado a durar somente até o cumprimento de uma cláusula ou condição resolutiva, ou até o vencimento de um prazo resolutivo, para o efeito da restituição da coisa a seu antigo dono, ou a quem o representar (art. 4.300), enquanto que o domínio fiduciário ou fideicomisso singular é o subordinado a durar somente até o cumprimento de uma condição resolutiva, ou até o vencimento de um prazo resolutivo, mas para o efeito da restituição da coisa a um terceiro” (art. 4.314).

Trata-se, portanto, de uma propriedade temporária, destinada a um fim específico, não podendo o fiduciário mantê-la perpetuamente em seu patrimônio, já que tem a obrigação de restituí-la ao seu antigo dono, se resolúvel o domínio, ou a um terceiro, se fiduciário o domínio.

Enquanto garantia, a propriedade fiduciária é direito acessório, pois trata-se de direito real constituído com a precípua finalidade de assegurar o cumprimento da obrigação, em geral a satisfação de um direito de crédito, por exemplo, que é o principal, ou para atender a uma outra finalidade determinada. Dada a acessoriedade, na hipótese de cessão de um crédito cuja garantia seja a propriedade fiduciária, esta se transmitirá juntamente com o direito de crédito principal; pela mesma razão, a propriedade fiduciária se extingue com a extinção do direito de crédito, aplicando-se, enfim, à propriedade fiduciária, o princípio segundo o qual o acessório segue o principal.

Na concepção de José Carlos Moreira Alves, a propriedade fiduciária “apresenta, entre suas restrições, a decorrente da resolubilidade resultante da verificação da *condicio iuris* a que ela se subordina. Trata-se, pois, de uma propriedade resolúvel com peculiaridades próprias.”¹³⁰

A propriedade fiduciária difere dos direitos reais limitados de garantia, quais sejam o penhor, a anticrese e a hipoteca, porque nestes o titular da garantia tem um direito real na

130 Ob. cit., p. 129.

coisa alheia, enquanto na propriedade fiduciária o titular da garantia é titular do direito de propriedade mesmo, embora limitado pelo caráter fiduciário.

De outra parte, distingue-se a propriedade fiduciária da propriedade plena por ser aquela desprovida da característica de perpetuidade e pela limitação dos poderes atribuídos ao seu titular; por ela, o titular tem um domínio transitório e temporário sobre o bem, assim como tem seus poderes limitados em consonância com a finalidade para a qual foi constituída a propriedade fiduciária — não pode o proprietário fiduciário ir além dos poderes que lhe foram conferidos no ato constitutivo da fidúcia. É, assim, propriedade que está sujeita a extinguir-se em razão do vencimento de determinado prazo ou em razão do implemento de determinada condição.

Observadas as limitações que caracterizam essa modalidade de propriedade, o fiduciário é dotado das faculdades necessárias para cumprir a finalidade definida no contrato.

É, em essência, com essas características que a propriedade fiduciária vem sendo configurada no direito positivo dos países de tradição jurídica romana.

Na doutrina hispano-americana, é digna de nota a construção de Mario A. Carregal, para quem a transferência da propriedade fiduciária é aquela que se faz a título de confiança, esclarecendo que por “título” de transmissão se deve entender a motivação, subjacente no acordo de vontades pelo qual se convencionou a venda, representando o *porquê* do ato. Em outras palavras: transmite-se a propriedade *porque* se tem confiança em que o adquirente (fiduciário) cumprirá o encargo encomendado no ato constitutivo. Salienta Carregal que não se pode qualificar a transmissão de propriedade fiduciária como um ato a título oneroso, porque o adquirente (fiduciário) não dá coisa alguma em troca do bem, mas tampouco se pode dizer que se trate de um ato a título gratuito, na medida em que não se doa o bem ao fiduciário, mas este recebe o bem somente como um meio para melhor execução do encargo que lhe foi atribuído ao se proceder a transmissão da proprie-

dade. Fica claro, então, que o único *título* pelo qual se pode transmitir uma propriedade em caráter fiduciário é a *título de confiança*, já que o fiduciário não a recebe a título oneroso, nem gratuito.¹³¹

De fato, a transmissão fiduciária de uma propriedade não se faz a título oneroso, não se atribuindo ao fiduciário qualquer contraprestação em razão dessa transmissão; mas também a transmissão não é uma liberalidade a favor do fiduciário. Efetivamente, a transmissão fiduciária nada acresce ao patrimônio do fiduciário, sendo este apenas um elemento catalisador da consecução do fideicomisso, recebendo a propriedade tão-somente para dar àqueles bens a destinação determinada no ato constitutivo, tal como o *trustee*, que no *trust* é tão-somente uma figura a que se atribui o encargo de implementar na prática a afetação que se deu a determinado bem, que é o objeto do *trust*. Enfim, a transmissão da propriedade, quando se faz em caráter fiduciário, não tem como causa a troca de uma coisa pelo seu equivalente em dinheiro, mas apenas constitui um veículo para consecução de outros negócios, que são o objeto do fideicomisso ou dos outros negócios de natureza fiduciária, como é o caso da alienação fiduciária do direito brasileiro.

Não se deve confundir a inexistência de onerosidade ou gratuidade na transmissão fiduciária com o caráter oneroso ou gratuito do contrato para o qual essa transmissão é utilizada como veículo, pois, efetivamente, o fideicomisso hispano-americano ou os negócios de natureza fiduciária do direito brasileiro poderão ser contratados a título oneroso, se o fiduciário fizer jus a alguma retribuição pelo encargo que lhe foi encomendado ou a título gratuito, se não for estipulada alguma remuneração para o fiduciário. Em regra, o fideicomisso e os negócios de natureza fiduciária regulamentados pelo direi-

131 CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas*. Buenos Aires: ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, ps. 74/75.

to brasileiro são pactuados a título oneroso, como é o caso, por exemplo, do fundo de investimento, em que a instituição administradora (fiduciária) faz jus a uma remuneração estabelecida no contrato.

Em suma, o certo é que a propriedade fiduciária é aquela transmitida ao fiduciário com exclusão ou limitação de alguns poderes, sendo-lhe retiradas algumas de suas faculdades, que, entretanto, podem vir a ser atribuídas ao fiduciário dependendo da evolução do negócio em virtude do qual lhe foi transmitida a propriedade em caráter fiduciário. É o caso, por exemplo, da alienação fiduciária em garantia, figura típica do direito brasileiro; nesse caso, tem-se a propriedade resolúvel, limitada ao atendimento da finalidade de garantia de um crédito, de modo que, paga a dívida, resolve-se a propriedade fiduciária, recuperando o fiduciante a plenitude da propriedade que transmitira em garantia, enquanto que, de outra parte, não paga a dívida, consolidar-se-á no futuro adquirente ou no fiduciário a plenitude da propriedade que este recebera com limitação.

Ao disciplinar a constituição da propriedade fiduciária para fins de garantia, o direito positivo brasileiro adotou a matriz da propriedade resolúvel, pela qual se viabiliza a transmissão da propriedade de forma restrita e temporária, com o subsequente restabelecimento da situação jurídica anterior, uma vez implementada a condição, ou com a consolidação da propriedade plena no fiduciário ou na pessoa de terceiro adquirente.

Assim, a propriedade fiduciária se resolve pela extinção da obrigação, que se dá mediante pagamento da dívida, restabelecendo-se para o fiduciante o domínio pleno sobre a coisa; já na hipótese de não pagamento da dívida, dá-se a consolidação da propriedade plena em nome do fiduciário, devendo este promover leilão visando a venda do bem. Vendida a coisa, o credor fiduciário só pode se apropriar da quantia correspondente ao seu crédito e encargos contratuais, devendo entregar ao devedor-fiduciante o saldo, se houver.

Com efeito, a despeito do poder *absoluto* e *exclusivo* sobre a coisa, que caracteriza o domínio, há uma espécie de domínio “que por virtude do título de sua constituição é revogável ou resolúvel, fenômeno este que ocorre quando a **causa** de aquisição do domínio encerra em si um princípio ou condição resolutiva do mesmo domínio, expressa ou tácita.”¹³²

Ao se constituir a propriedade resolúvel, o transmitente e o adquirente são “investidos de direitos opostos e complementares, e o acontecimento que aniquila o direito de um consolidará, fatalmente, o do outro.” Diz Aderbal da Cunha Gonçalves que “isso decorre da feição complementar atribuída às duas condições, de maneira que a todo proprietário sob condição suspensiva corresponde um proprietário sob condição resolutiva, e reciprocamente. Observa Demogue: quando uma pessoa aliena sob condição, cria, de logo, um direito real em favor do adquirente, e que, nascendo imediatamente, só terá ou produzirá efeitos no dia da realização da condição. Ao alienante não fica senão uma propriedade temporária, enquanto da outra parte uma oportunidade de conservar a propriedade de forma indefinida, se a condição não se completa.”¹³³

De acordo com essa construção, o alienante fica investido de um direito expectativo, que corresponde ao direito de recuperar automaticamente a propriedade, uma vez verificada a condição resolutiva; será ele um proprietário sob condição suspensiva, autorizado a praticar os atos conservatórios do seu direito eventual, “enquanto o verdadeiro proprietário é o que adquiriu a coisa sob condição resolutiva.”¹³⁴

A condição resolutiva tem efeito retroativo, daí porque o implemento da condição faz retroagir os seus efeitos ao tem-

132 PEREIRA, Lafayette Rodrigues, ob. cit., p. 113.

133 Ob. cit., p. 67, nota 82.

134 GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *Da propriedade resolúvel*, cit., p. 66.

po da aquisição. Por isso, revogado o domínio, consideram-se revogados os direitos reais concedidos na pendência da condição resolutiva. Dado o efeito retroativo, o implemento da condição retrotrai os seus efeitos ao tempo da aquisição, daí porque que (1º) aquele em favor de quem se opera a resolução do domínio é considerado como se nunca o tivesse alienado de si e (2º) o proprietário em favor de quem se resolve o domínio pode reivindicar a coisa de quem quer que a detenha (Código Civil, arts. 1.359 e 1.360).¹³⁵

De acordo com a configuração da propriedade resolúvel, o efeito da condição opera de forma automática, tão logo implementada (na alienação fiduciária, pelo pagamento), daí resultando a extinção da propriedade para o fiduciário e sua conseqüente reversão para o fiduciante.

A estrutura da alienação fiduciária em garantia sustenta-se na articulação de um ato de transmissão da propriedade, em caráter resolúvel, e de um pacto de restituição; mas, não obstante este último tenha caráter obrigacional, não há dúvida que está vinculado ao implemento da condição e, assim sendo, implica a automática reversão da propriedade.¹³⁶

Sob a perspectiva do sistema registral, verificado o evento que constitui a condição, não é necessário novo registro em nome daquele em favor do qual a condição opera, bastando o cancelamento do registro da propriedade resolúvel e dos atos dela resultantes, com o que automaticamente se restaura o registro primitivo.

Observa Serpa Lopes que, "sobrevindo a resolução de um negócio com a verificação da condição, não há certamente um negócio novo destruindo os efeitos do precedente, não há retrocesso de direito; assim, o comprador sob condição resolutiva não se torna vendedor, ocorrida a condição, nem vice-

135 Lafayette, ob. cit., p. 114.

136 GOMES, Orlando, *Alienação...*, cit., p. 63.

versa. A operação consistirá no cancelamento de todas as inscrições resultantes do ato resolutivo, restaurando a situação primitiva, dada a força retroativa da condição e sua natureza eminentemente resolutiva, sendo aplicável a lição de Coviello, 'quando um ato é por lei retroativo, deve-se considerá-lo isento de transcrição.'¹³⁷

Dada essa configuração, os negócios de natureza fiduciária do direito positivo brasileiro contemplam a transmissão de uma propriedade limitada ao fiduciário, sob condição, investindo-se este da qualidade de proprietário sob condição resolutiva, enquanto o fiduciante, que a transmitiu, é investido da qualidade de proprietário sob condição suspensiva, como que um *proprietário potencial*, titular de um direito expectativo que será convertido em direito adquirido tão logo pague a dívida, na hipótese da alienação fiduciária em garantia.¹³⁸

Assim, em linha de princípio com a propriedade resolúvel, o efeito da condição se opera de forma automática, tão logo implementada (na alienação fiduciária, pelo pagamento), daí resultando a extinção da propriedade para o fiduciário e sua consequente reversão para o fiduciante.

A par de constituir garantia de extraordinária eficácia para o credor, a condição resolutiva dos negócios de natureza fiduciária confere particular segurança ao devedor-fiduciante, na medida em que, pagando a dívida, readquire o domínio automaticamente e independente de qualquer ato, salvo o termo de quitação do fiduciário, tendo o fiduciante, contra o fiduciário ou contra quem quer que o tenha sucedido no crédito e, consequentemente, na propriedade fiduciária, uma pretensão de natureza real, pois é de natureza real o direito expectativo à reversão da propriedade. É verdade que a estrutura da

137 LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Tratado dos registros públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 3, p. 376.

138 GOMES, Orlando, *Alienação...*, ob. cit., p. 39.

alienação fiduciária em garantia sustenta-se na articulação de um ato de transmissão da propriedade, em caráter resolúvel, e de um pacto de restituição; mas, não obstante o caráter obrigacional, não há dúvida que está vinculado ao implemento da condição e, assim sendo, implica a automática reversão da propriedade; vista a questão do ângulo do fiduciante, o inadimplemento da obrigação do fiduciário não implica apenas a obrigação de reparação de perdas e danos, mas efetivamente de restituição, pois "a própria estrutura da alienação fiduciária em garantia exige a restituição como condição para tipificá-la, por evidente que, se a reversão da propriedade fosse eliminada, a transmissão deixaria de ser em garantia."¹³⁹

A par da configuração da propriedade fiduciária como propriedade resolúvel, isto é, propriedade *sub conditione*, para as hipóteses de garantia, o direito positivo brasileiro contempla também a configuração da propriedade fiduciária para fins de administração de fundos de investimento imobiliário e para implementação de um programa específico destinado à habitação de natureza social, prescrevendo rigorosa limitação dos poderes inerentes a essa modalidade de propriedade.

No caso dos fundos de investimento imobiliário, os imóveis que constituirão a carteira de investimento são adquiridos pela instituição administradora em seu próprio nome, mas em caráter fiduciário; tornando-se proprietária fiduciária dos imóveis assim adquiridos, a instituição administradora poderá exercer os poderes típicos de proprietária, mas somente em proveito dos quotistas do fundo, visando atender à finalidade do fundo, e esses poderes estão limitados pelo que dispuser o regulamento do fundo, que é o ato delimitador do exercício do direito de propriedade de natureza fiduciária para esse fim, bem como pelo título aquisitivo, do qual deve-

139 GOMES, Orlando, *Alienação...*, p. 63.

rão constar, obrigatoriamente, as restrições a que está sujeita a instituição administradora.¹⁴⁰

Os mesmos fundamentos serviram para estruturar o Programa de Arrendamento Residencial, sob gestão da Caixa Econômica Federal. Para esse fim, essa entidade é autorizada a criar um fundo financeiro visando a segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao programa. Os imóveis são adquiridos pela própria Caixa, mas em caráter fiduciário, razão pela qual constituem um patrimônio autônomo, não se comunicando com o patrimônio geral da entidade. As unidades imobiliárias produzidas no contexto

140 Lei nº 8.668, de 1993:

“Art. 6º. O patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora, em caráter fiduciário”.

“Art. 7º. Os bens e direitos integrantes do fundo (...), bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta *administradora*, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:

I — não integrem o ativo da administradora;

II — não respondam diretamente ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora;

III — não componham a lista de bens e direitos da administração, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;

IV — não possam ser dados em garantia de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;

VI — não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;

VI — não possam ser constituídos quaisquer ônus sobre os imóveis.

§ 1º. No título aquisitivo, a instituição administradora fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.

§ 2º. No Registro de Imóveis serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior.

§ 3º. A instituição administradora fica dispensada da apresentação de certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social e da Certidão Negativa de Tributos e Contribuições, administrada pela Secretaria de Receita Federal, quando alienar imóveis integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.”

desse programa são arrendadas aos interessados, com opção de compra.¹⁴¹

3.6.1. A propriedade fiduciária no Código Civil Brasileiro

O Código Civil de 2002 contempla a disciplina da propriedade fiduciária, limitando-se, entretanto, a regulamentar sua incidência sobre bens móveis e, mesmo assim, somente para fins de garantia.

A matéria está inserida na Parte Especial do Código Civil, relativa ao Direito das Coisas, Livro III, Título III, Capítulo IX, arts. 1.361 a 1.368.

A localização do instituto na estrutura do Código foi objeto de debates durante a formulação do Projeto, uma corrente defendendo sua inserção no título relativo à propriedade e outra entendendo que ele estaria melhor ajustado na parte relativa aos direitos reais de garantia. Prevaleceu o entendimento de que, sendo a propriedade fiduciária uma modalidade de domínio, embora limitado, deve ter sua disciplina inserida no contexto das disposições sobre o direito de propriedade, e não junto às disposições pertinentes aos direitos reais

141 Lei nº 10.188, de 12.2.2001. "Art. 2º Para a operacionalização do programa instituído nesta lei, fica a CEF autorizada a criar um fundo financeiro com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa. (...) § 3º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições: I – não integram o ativo da CEF; II – não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da CEF; III – não compõem a lista de bens e direitos da CEF, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial; IV – não podem ser dados em garantia de débito de operação da CEF; V – não são passíveis de execução por quaisquer credores da CEF, por mais privilegiados que sejam; VI – não podem ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis."

limitados (entre os quais se disciplinam a hipoteca, o penhor e a anticrese), “daí, vir disciplinada no Anteprojeto — o que se manteve no Projeto de Código Civil — logo após o domínio resolúvel, porque ela também se limita pela resolubilidade.”¹⁴²

O Código conservou a estrutura básica formulada pela Lei nº 4.728/65 e pelo Decreto-lei nº 911/69, que originalmente regulamentavam a matéria, introduzindo aperfeiçoamentos em alguns aspectos conceituais e na técnica legislativa.¹⁴³

Uma das inovações relevantes do Código é a possibilidade de se utilizar a alienação fiduciária de bens móveis para garantia de quaisquer negócios jurídicos, e não apenas como garantia dos financiamentos concedidos pelas instituições financeiras ou para as hipóteses previstas de maneira restritiva pela legislação especial. O propósito da restrição era dificultar a utilização dessa garantia em negócios usurários, daí porque, como observa José Carlos Moreira Alves, a generalização do Código Civil há de ser complementada por legislação processual que, “pelo menos no tocante à utilização dessa garantia por outrem que não qualquer das referidas entidades [financeiras], possibilite ao devedor defesa mais ampla quando da busca e apreensão.” Pondera Moreira Alves, entretanto, que essa forma eventual de obstaculização à prática da usura não é a maneira mais adequada de coibi-la, sendo certo que “o justo temor da usura deve levar ao combate desta, e não à limitação

142 ALVES, José Carlos Moreira, *Alienação ...*, p. 197.

143 “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. § 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com a transcrição do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. § 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.”

de uma garantia que se vem impondo por sua maior eficácia em face das até então admitidas."¹⁴⁴

Outra inovação importante é a sub-rogação não só do terceiro interessado como, também, do não-interessado.

A despeito da adequada formulação, sob a perspectiva conceitual e de técnica legislativa, o Código omitiu-se quanto à necessidade de tutela especial para determinadas situações, em face de riscos típicos dos negócios da sociedade contemporânea, bem como desprezou as demais espécies de titularidade fiduciária, que, existentes há muito no direito positivo brasileiro, mereceriam ser objeto de adequada sistematização no Código, juntamente com a propriedade fiduciária de bens móveis para garantia.

Essa omissão pode ser explicada pelo fato de o anteprojeto do Código ter sido elaborado no início da década de 1970, ocasião em que o direito positivo brasileiro só havia tratado da propriedade fiduciária de bens móveis, para garantia. Ao longo da tramitação do Projeto, entretanto, novas figuras fiduciárias foram introduzidas no direito positivo brasileiro, não se justificando a falta de atualização e de sistematização.

A esse propósito, na primeira edição deste trabalho, em 1998, quando ainda tramitava o Projeto, chamamos a atenção para esse fato, sustentando que as necessidades da sociedade contemporânea já há muito vêm justificando a regulamentação da propriedade fiduciária na sua totalidade ou, ao menos, a inclusão, no Código, em termos sistemáticos, das espécies já acolhidas no direito positivo brasileiro.

Na ocasião, sustentamos que a matéria merecia melhor sistematização, numa estrutura que contemplasse as regras gerais pertinentes à propriedade fiduciária e à segregação patrimonial, tornando mais nítidos os direitos e deveres das partes e suprimindo as lacunas dos arts. 49 e 50 da Lei nº 4.728/65, de modo a propiciar maior segurança aos investidores em ge-

144 ALVES, José Carlos Moreira, *Alienação...*, p. 198.

ral. E assim nos manifestamos tendo em vista (1º) a superveniência, no curso da tramitação do Projeto, de novas leis regulando a propriedade fiduciária para outras hipóteses além daquela que tenha por objeto bens móveis, como são os casos dos fundos de investimento imobiliário e da alienação fiduciária de bens imóveis, e (2º) as deficiências da legislação, no tocante particularmente à disciplina dos fundos de investimento em geral, que, consubstanciada nos arts. 49 e 50 da Lei 4.728/65, não prevê qualquer proteção especial ao investidor, atribuindo esse importante aspecto à regulamentação do Conselho Monetário Nacional.

3.6.2. A propriedade fiduciária no direito mexicano e argentino.

A lei mexicana que disciplina os títulos e operações de crédito dispõe que “em virtude do fideicomisso, o fideicomitente destina certos bens a um fim lícito determinado, atribuindo a realização desse fim a uma instituição fiduciária”. Observa Álvaro D’Ors¹⁴⁵ que, com relação aos bens objeto do fideicomisso, o fiduciário deverá exercer os direitos e ações referentes ao fim para o qual foi constituído o fideicomisso e somente para aquele fim, assinalando: “Evidentemente, isto quer dizer que o fiduciário não é proprietário e, portanto, o patrimônio objeto do fideicomisso não constitui garantia dos credores do fiduciário. Ao contrário, segundo o art. 355, o fideicomissário terá, em qualquer hipótese, o direito de exigir da instituição fiduciária o cumprimento do fideicomisso. A negativa de aquisição de uma propriedade (como ocorre, de outra forma, na *fidúcia* e no *trust*) se confirma também pelo fato de que tanto o fideicomissário como o próprio fideicomitente podem pedir a declaração de nulidade dos atos em que

145 *Apud* Saturnino Jorge Funes, *Fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 1996, 1ª ed., p. 80.

o fiduciário haja excedido as faculdades que estritamente lhe tenham sido atribuídas para cumprimento do fideicomisso. Assim, pois, o direito do chamado 'fiduciário' é o de um executor da vontade do fideicomitente, o de um administrador com faculdades de disposição limitadas às exigências do fim que deve cumprir. Mas tampouco há outro proprietário; antes, sobre os bens objeto do fideicomisso não há, na realidade, uma propriedade, pois o fim a que ficam afetados veio dissolver a propriedade de que dispunha o fideicomitente."

A legislação Argentina sobre a matéria está contida na Lei nº 24.441, de 1995, que altera a redação do art. 2.662 do Código Civil daquele país, definindo o domínio fiduciário como aquele que se adquire em razão de um fideicomisso constituído por contrato ou testamento, só perdurando essa propriedade especial enquanto perdurar o fideicomisso, visando entregar a coisa a quem estiver definido no contrato, no testamento ou na lei.¹⁴⁶

A lei argentina consubstancia todo um arcabouço legislativo destinado a reorganizar o mercado de capitais e o setor imobiliário daquele país, estando o conceito de *domínio fiduciário* harmoniosamente integrado àquela estrutura legislativa.

De tudo o que precede, deflui que a propriedade fiduciária implica acentuada redução dos poderes do fiduciário, uma vez que este os recebe com uma destinação predeterminada, não dispondo de poderes em seu benefício e até podendo ser destituído nas hipóteses que a lei previr, pois o fiduciário é apenas um instrumento para a consecução do objetivo do fideicomisso. Na verdade, os bens não ficam submetidos à vontade de uma pessoa, mas, sim, a um fim para o qual foram

146 "Art. 2.662. *Domínio fiduciário es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituído por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, testamento o la ley.*"

afetados, conservando-se a essência do direito, mas alterando-se o modo do seu exercício.¹⁴⁷

3.7. O fideicomisso no direito hispano-americano — características e modalidades.

Com base nos conceitos do patrimônio de afetação e da propriedade fiduciária, anteriormente referidos, vários países da América espanhola reformularam suas normas pertinentes ao fideicomisso, aproveitando a experiência extraída da prática do *trust*,¹⁴⁸ por influência dos conceitos emitidos por Pierre Lepaulle,¹⁴⁹ pelos quais é possível a assimilação dos elementos fundamentais do *trust* pela via do patrimônio de afetação, com o que se efetiva a separação dos bens fideicomitidos, afastando-os de eventuais efeitos de insolvência das partes envolvidas.

De todas essas legislações, deflui a configuração do fideicomisso como o negócio jurídico pelo qual uma pessoa (fiduciante) transfere a propriedade de certos bens a outra (fiduciário), obrigando-se esta a dar a eles determinada destinação, em proveito do próprio fiduciante ou de um terceiro (beneficiário); os bens objeto do fideicomisso constituem patrimônio de afetação e, assim, estão a salvo de qualquer ação ou execução por parte dos credores do fiduciante, do fiduciário ou do beneficiário, só estando sujeitos ao implemento das obrigações que derivem do negócio do fideicomisso e de sua realização.

Importa notar que o conceito de autonomia do patrimônio objeto do fideicomisso não implica ausência de titularida-

147 MORINEAU, Oscar, *Alergia a los conceptos*, Jus, n° 119, junho de 1948, *apud* Batiza, ob. cit., p. 275.

148 LISOPRAWISKI, Silvio V., ob. cit., p. 387.

149 LEPAULLE, Pierre, *La naturaleza del trust*, in Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Mexico, 1932, t. III, p. 115.

de, como proposto por Pierre Lepaulle — o patrimônio de afetação tem como titular o fiduciário, ressalvado, obviamente, que seus poderes são limitados, pois a transmissão dos bens ao fiduciário implica o dever deste de exercer os poderes de proprietário, em caráter fiduciário, em estrita conformidade com as estipulações e condições do ato constitutivo do fideicomisso.

Em regra, podem ser objeto de fideicomisso quaisquer bens, sejam móveis ou imóveis, bem como direitos sobre bens ou sobre direitos, desde que suscetíveis de alienação. São, enfim, passíveis de fideicomisso quaisquer direitos patrimoniais disponíveis, não se admitindo a constituição de fideicomisso sobre direitos estritamente pessoais.

Conforme a natureza dos bens, o contrato de fideicomisso deverá ser registrado.

É dever do fiduciário implementar todos os atos necessários ao cumprimento da finalidade estabelecida no ato constitutivo, administrando os bens com diligência, mantendo contabilidade destacada para o patrimônio do fideicomisso, defendendo o patrimônio fideicomitido e, enfim, praticando todos os demais atos necessários à realização do fideicomisso. Pelo exercício de suas funções, o fiduciário faz jus a retribuição, conforme definir o ato constitutivo.

O fiduciante é titular dos direitos que houver reservado para si no ato constitutivo, sendo-lhe assegurado, em regra, receber em restituição os bens fideicomitados, exercer todas as ações cabíveis contra o fiduciário, exigir prestação de contas, revogar o fideicomisso, entre outros.

Os direitos do beneficiário são aqueles que lhe deferem o ato constitutivo do fideicomisso, entre eles, em essência, o de exigir do fiduciário o implemento do fideicomisso nas condições estabelecidas, estando legitimado a defender os bens fideicomitados, inclusive mediante ações ou outras medidas judiciais em face de eventuais execuções que possam afetar esses bens.

O fideicomisso extingue-se pelas causas gerais de extinção dos negócios jurídicos previstas na legislação comum, explicitando-se, entre outras, a consecução dos seus objetivos ou a impossibilidade absoluta de implementá-los, a expiração do prazo, a revogação pelo fiduciante, a declaração de nulidade do ato constitutivo do fideicomisso e o mútuo acordo entre fiduciante e beneficiário.

Dada essa configuração, são as seguintes modalidades mais comuns de fideicomisso:

a) *fideicomissos de investimento* são negócios que se celebram com instituições financeiras ou outras instituições especificamente autorizadas pelas autoridades monetárias; por estes negócios, as instituições fiduciárias recebem recursos de seus clientes e se obrigam a aplicá-los em investimentos, como sejam os casos dos fundos organizados sob forma condominial destinados a aplicação em ações, ou em títulos de renda fixa ou variável, ou, ainda, em bens imóveis;

b) *fideicomisso de garantia* é o negócio pelo qual uma pessoa transmite a outra a propriedade de determinados bens para garantia do pagamento de dívida ou do cumprimento de obrigação, figurando como beneficiário o credor, que pode requerer ao fiduciário que promova a venda dos bens fideicomitidos, de modo que se destine o produto da venda à satisfação dos seus direitos creditórios;

c) *fideicomisso de administração* é o fideicomisso pelo qual o fiduciário recebe os bens com a finalidade específica de promover sua administração, como, por exemplo, contratando e administrando sua locação;

d) *fideicomisso de administração de projetos de construção* é o negócio pelo qual o proprietário de um imóvel, em geral um lote de terreno, transfere sua propriedade ao fiduciário, incumbindo a este implementar um empreendimento imobiliário, visando o melhor aproveitamento do imóvel, figurando dentre essas atribuições as de formular projeto de construção, processar sua aprovação, levantar recursos financeiros

para execução da obra, contratar sua execução e, enfim, agir como um incorporador imobiliário; nessa modalidade de fideicomisso, é obrigação do fiduciário, uma vez realizada a obra, entregar determinadas unidades imobiliárias ao fiduciante ou a um beneficiário identificado no ato constitutivo.

A seguir, registramos os aspectos mais relevantes da atual legislação hispano-americana sobre fideicomisso, destacando o direito positivo do México, da Colômbia e da Argentina.

3.7.1. A legislação hispano-americana sobre fideicomisso — os casos do México, da Colômbia e da Argentina.

A disciplina do fideicomisso no México está inserida na Lei Geral de Títulos e Operações de Crédito, nos seus artigos 346 a 360; na Colômbia, a regulamentação da matéria está contida no Código de Comércio, de 1972; e na Argentina é objeto da Lei nº 24.441, de 1995, que, além de ter definido duas espécies de fideicomisso, o comum e o financeiro, deu nova redação ao dispositivo do Código Civil que define o fideicomisso.

3.7.1.1. A legislação mexicana

No México registra-se forte influência do *trust* norte-americano. Raul Cervantes Ahumada¹⁵⁰ observa que os grandes êxitos dos bancos fiduciários dos Estados Unidos e os investimentos americanos no México projetaram sobre esse país o instituto do *trust*, mas que, apesar dessa influência, o legislador mexicano estruturou uma figura diferente, delimitando a operação ao campo da atividade bancária, por medida de precaução, tendo em vista a solvência dos bancos e a vigilância que sobre os mesmos exerce o Estado.

150 AHUMADA, Raul Cervantes, *Títulos y operaciones de crédito*, ed. Her-rero S. A., 1961, p. 37, *apud* Silvio V. Lisoprawski, ob. cit., p. 390.

A introdução do fideicomisso no México se deu através da Lei de Instituições de Crédito de 1924, mas sua configuração de negócio tipificado só veio a ser disciplinada na Lei Geral de Títulos e Operações de Crédito de 1932, que é a norma que efetivamente teve grande repercussão na prática bancária. O fideicomisso no México é de utilização exclusiva pelas instituições financeiras. Segundo Villagordoa Lozano,¹⁵¹ os arts. 346 e 347 da Lei mexicana de 1932 contemplam o conceito do fideicomisso, formulado, como se disse, sob influência dos princípios emitidos pelo autor francês Pierre Lepaulle, dispondo o primeiro que “em virtude do fideicomisso, o fideicomitente destina certos bens a um fim lícito determinado, atribuindo a consecução desse fim a uma instituição fiduciária, enquanto o art. 347 preceitua que o fideicomisso será válido, mesmo que se constitua sem se designar fideicomissário, sempre que seu fim seja lícito e determinado.” Quanto a este último, observa-se que a titularidade dos bens não fica *vacante*, como queria Lepaulle, ao pretender criar um patrimônio de afetação carente de titularidade. A lei prevê que, efetivamente, os bens e direitos objeto do fideicomisso devem ser transmitidos, necessariamente, ao fiduciário, o qual, por sua vez, está obrigado a cumprir o fideicomisso nos termos do ato constitutivo, sendo certo que o fiduciário só poderá cumpri-la se for o titular de tais bens ou direitos.

No direito mexicano, a questão da titularidade do bem ainda é controvertida. A propósito, sustenta Domínguez Martínez¹⁵² que não há transmissão de propriedade ao fiduciário, mas que os bens fideicomitidos continuam sendo de propriedade do instituidor (fideicomitente) — em *estado latente* —, porém destinados a um fim lícito e contratualmente determinado, que a lei protege denominando-o de *afetação* ou *destino* (arts. 346, 351 e 358 da LTOC). É verdade que a lei não se

151 LOZANO, Villagordoa, *Apud* Silvio V. Lisoprawski, ob. cit., p. 391.

152 *Apud* LISOPRAWSKI, Silvio V., ob. cit., p. 393.

refere expressamente à transmissão de propriedade para o fiduciário, mas a doutrina, majoritariamente, e a jurisprudência consagram o ponto de vista de que é o fiduciário o titular da propriedade, em caráter fiduciário.

A Lei Geral de Títulos e Operações de Crédito contém 15 dispositivos referentes ao fideicomisso, que prevêem variedade de situações em que se pode contratar o fideicomisso, a começar pelo art. 346, segundo o qual podem os bens fideicomitidos ter qualquer destinação, desde que lícita; pelos arts. 347 e 348, pode-se designar o fideicomissário, mas pode-se deixar de designá-lo, sendo possível a designação de dois ou mais fideicomissários, nada impedindo também que haja beneficiários simultânea ou sucessivamente (arts. 347 e 348). O instituidor do fideicomisso (fideicomitente) tem a faculdade de designar uma ou mais instituições fiduciárias para o desempenho do cargo de uma vez só ou de forma sucessiva (art. 350). Poderão ser objeto do fideicomisso quaisquer bens ou direitos, salvo os direitos personalíssimos (art. 351), podendo constituir-se o fideicomisso por ato entre vivos ou por testamento.

O art. 356 contempla as obrigações do fiduciário, estabelecendo que “a instituição fiduciária estará obrigada a cumprir dito fideicomisso conforme o ato constitutivo [...] e deverá atuar sempre como um bom pai de família, sendo responsável pelas perdas e deteriorações que os bens vierem a sofrer por sua causa.”

3.7.1.2. A legislação colombiana

No direito colombiano, o Código de Comércio contempla, no Título XI, a disciplina da matéria, sob a denominação *Da Fidúcia*, nos arts. 1.226 a 1.244.

A legislação colombiana define a fidúcia como uma figura do direito mercantil, reservando a instituições financeiras e a sociedades fiduciárias especialmente autorizadas pela Supe-

Superintendência Bancária a atuação como fiduciário, como deixa claro a parte final do art. 1.226 do seu Código de Comércio.¹⁵³

Portanto, o contrato de fidúcia no direito colombiano está sujeito ao controle e à fiscalização do Estado, subordinando-se particularmente às normas emanadas das autoridades monetárias.

A lei confere ao fiduciante os seguintes direitos: 1) aqueles que, no ato constitutivo, reservou para exercer diretamente sobre os bens fideicomitidos; 2) de revogação da fidúcia, caso tenha sido previsto no ato constitutivo, de remoção do fiduciário e de nomeação de substituto, quando necessário; 3) de restituição dos bens ao ser extinta a fidúcia, ressalvada a hipótese de outra destinação para os bens, prevista no ato constitutivo da fidúcia; 4) de exigir prestação de contas; 5) de exercer a ação de responsabilidade contra o fiduciário; 6) em geral, todos os direitos expressamente estipulados que não sejam incompatíveis com os do fiduciário ou do beneficiário ou com a essência do instituto (art. 1.236).

Os deveres do fiduciário são expressamente enumerados na lei, a saber: 1) realizar, sem medir esforços, todos os atos necessários para alcançar a finalidade da fidúcia; 2) manter os bens objeto da fidúcia separados dos bens próprios e de outros bens vinculados a outros negócios fiduciários; 3) investir os bens provenientes do negócio fiduciário na forma e dentro dos requisitos previstos no ato constitutivo; 4) promover a proteção e defesa dos bens fideicomitidos contra atos de ter-

153 "Art. 1.226 — A fidúcia mercantil é um negócio jurídico em virtude do qual uma pessoa, chamada fiduciante ou fideicomitente, transfere um ou mais bens especificados a outra, chamada fiduciário, que se obriga a administrá-los ou a aliená-los para cumprir uma finalidade determinada pelo constituinte, em proveito deste ou de um terceiro chamado beneficiário ou fideicomissário. Uma pessoa pode ser ao mesmo tempo fiduciante e beneficiário. Só os estabelecimentos de crédito e as sociedades fiduciárias, especialmente autorizadas pela Superintendência Bancária, poderão ter a qualidade de fiduciários."

ceiros, do beneficiário e até mesmo do instituidor; 5) pedir instruções ao superintendente bancário quando tiver fundadas dúvidas acerca da natureza e do alcance de suas obrigações ou quando dever se afastar das autorizações contidas no ato constitutivo, nas hipóteses em que as circunstâncias o exigirem. Nestes casos, o superintendente intimará previamente o fiduciante e o beneficiário; 6) procurar a maior rentabilidade para os bens objeto da fidúcia, para a qual todo ato de disposição que realizar será sempre oneroso e com fins lucrativos, salvo determinação contrária do ato constitutivo; 7) transferir os bens à pessoa definida, de acordo com o ato constitutivo ou com a lei, uma vez concluído o negócio fiduciário; 8) prestar contas de sua gestão ao beneficiário, a cada seis meses (art. 1.234).

Quanto ao beneficiário, o Código de Comércio lhe confere, entre outras faculdades, “a de exigir o fiel cumprimento das obrigações do fiduciário, impugnar os atos que podem ser anulados pelo fiduciário, opor-se a qualquer medida tomada contra os bens dados em fidúcia, seja preventiva ou de execução [...], se o fiduciário não o fizer [...], e requerer, enfim, ao superintendente bancário, a remoção do fiduciário por justa causa e, como medida preventiva, a nomeação de um administrador interino” (art. 1.235).

3.7.1.3. A legislação argentina

Na Argentina a matéria está disciplinada pela Lei nº 24.441, de 1995.

Trata-se da Lei de Financiamento da Habitação e da Construção, cujo art. 1º dispõe que haverá contrato de fideicomisso quando uma pessoa (fiduciante) transmita a propriedade fiduciária de determinados bens a outra (fiduciário), que se obriga a exercê-la em benefício de quem for designado no contrato (beneficiário) e, ao término de um prazo ou condição, se obriga a transmiti-lo ao fiduciante, ao beneficiário ou ao fideicomissário.

Fundamentalmente, a caracterização legal do fideicomisso argentino é semelhante à das demais legislações hispano-americanas, salvo pela identificação da natureza da propriedade, que é objeto desse contrato, pois, enquanto, em geral, as legislações se referiram à *transmissão da propriedade de certos bens*, a legislação argentina refere-se à *transmissão da propriedade fiduciária de certos bens*.

A construção do direito positivo argentino tem sua base na noção de *domínio imperfeito*, extraída da dicotomia estabelecida por Teixeira de Freitas no seu *Esboço do Código Civil*¹⁵⁴ e que foi incorporada no Código Civil Argentino com a redação do art. 4.300 do *Esboço*.¹⁵⁵

Dispõe a lei que sobre os bens fideicomitidos constitui-se uma propriedade fiduciária, regida pelo disposto nos arts. 2.661 a 2.672 do Código Civil, cuja redação foi alterada no contexto da aprovação da mesma Lei 24.441/95, pela qual se adquire o domínio fiduciário por força da constituição de um fideicomisso, sendo certo que a existência dessa espécie de domínio está vinculada à consecução do fideicomisso, que visa entregar uma coisa a quem estiver definido no contrato ou na lei.

Muito embora o art. 1º se refira à transmissão de bens *determinados*, a lei admite a constituição de fideicomisso também sobre bens *determináveis*, pois, nos termos da alínea *a* do art. 4º, a individualização dos bens pode ser diferida, permitindo inferir que, no direito argentino, é possível con-

154 Na conceituação de Teixeira de Freitas, o domínio é o direito real que uma pessoa exerce sobre uma coisa, podendo ser *perpétuo* ou *temporário*, o primeiro *perfeito* e o segundo *imperfeito*. O domínio imperfeito seria o *direito real resolúvel*, ou *fiduciário*. O domínio resolúvel e o fiduciário, assim, seriam subespécies de domínio imperfeito (*Esboço*, arts. 4.300 e seguintes).

155 O art. 2.661 do Código Civil Argentino reproduz a redação de Teixeira de Freitas: Art. 2.661. *Domínio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmeble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil.*

tratar a transmissão da propriedade fiduciária sobre bens ainda inexistentes à data da contratação.¹⁵⁶

Para constituição do fideicomisso por ato entre vivos aplicam-se os princípios gerais do direito contratual, pelo que, além das disposições específicas da Lei 24.441, submete-se a celebração do fideicomisso às regras gerais dos contratos.

São partes figurantes do contrato de fideicomisso o fiduciante, fideicomitente ou instituidor (aquele que transmite a propriedade fiduciária), o fiduciário (aquele que adquire a propriedade fiduciária e se obriga a dar-lhe determinada destinação), o beneficiário e o fideicomissário (estes reunidos numa só pessoa).

Fiduciante, ou fideicomitente, é o proprietário dos bens ou o titular dos direitos que se transmite em caráter fiduciário. É aquele que constitui um fideicomisso por ato entre vivos ou por testamento, estabelecendo sua finalidade e designando o fiduciário e os beneficiários.

É de acordo com as ordens do fiduciante que o fiduciário deverá administrar os bens ou direitos fideicomitidos, podendo o fiduciante, em caso de descumprimento dessas ordens, remover o fiduciário (art. 9º).

O fiduciante, na condição de instituidor, pode reservar-se as mais amplas faculdades de controle do fideicomisso, inclusive mediante limitação dos poderes do fiduciário sobre os bens fideicomitidos (art. 17) e, até mesmo, de revogação do próprio fideicomisso (art. 25, b).

A lei não impõe limitações à pessoa do fiduciante: pode figurar como tal quem quer que, segundo as regras gerais da lei civil, tenha capacidade para testar ou para dispor de seus

156 Lei nº 24.441, art. 4º, alínea a:

"Art. 4. El contrato también deberá contener:

a) la individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes."

bens e, conseqüentemente, para onerá-los ou afetá-los a algum fim, pois o ato de instituir um fideicomisso implica a transmissão da propriedade fiduciária de um bem do patrimônio do fideicomitente.

Fiduciário é aquele que adquire o domínio fiduciário de um bem ou direito e se obriga a exercer o domínio fiduciário em benefício de quem esteja designado no ato constitutivo do fideicomisso.

Pode operar como fiduciário qualquer pessoa física ou jurídica, com a ressalva de que, tratando-se de oferta pública, a atuação como fiduciário é reservada às instituições financeiras e às pessoas jurídicas especialmente autorizadas pela Comissão Nacional de Valores, como adiante se comenta (art. 5º).

Beneficiário é a pessoa em favor de quem o fiduciário exercerá a propriedade fiduciária dos bens objeto do fideicomisso; é a pessoa que recebe os benefícios do fideicomisso. O ato constitutivo pode estabelecer que os frutos dos bens fideicomitidos sejam também destinados ao beneficiário.

A lei não impõe qualquer condição especial para ser beneficiário, pelo que pode figurar como tal qualquer pessoa física ou jurídica que, segundo as regras gerais do direito comum, tenha capacidade para beneficiar-se do fideicomisso, admitindo-se que também possam beneficiar-se pessoas não plenamente capazes ou que ainda não existam no momento da instituição do fideicomisso (art. 4º).

O beneficiário será credor de todos os direitos que, em seu favor, derivem do ato constitutivo do fideicomisso, podendo exigir do fiduciário o cumprimento das obrigações a ele imputáveis, decorrentes da lei ou do ato constitutivo, e, bem assim, a prestação de contas pelo menos uma vez por ano (art. 7º).

Segundo o art. 2º da Lei 24.441, o contrato deverá indicar o beneficiário, que poderá ser pessoa física ou jurídica, existente ou não à época do contrato. Inexistindo o beneficiário a essa época, o contrato deverá conter os dados que permitam sua futura identificação. Poderão existir dois ou mais benefi-

ciários, podendo-se também designar beneficiários substitutos para o caso de não-aceitação, renúncia ou morte. Se, na hipótese de mais de um beneficiário, não houver disposição específica no contrato quanto à participação de cada um, todos se beneficiarão em iguais proporções. O contrato deverá indicar também a pessoa do fideicomissário, pois se nenhum beneficiário aceitar ou se todos renunciarem ou se não chegarem a existir beneficiários, será beneficiário o fideicomissário. De outra parte, se o fideicomissário não chegar a existir, ou não aceitar ou renunciar, então o beneficiário será o próprio fiduciante (art. 2º).

Prevê a lei que o beneficiário poderá transmitir seu direito, por ato entre vivos ou *causa mortis*, salvo disposição em contrário do fiduciante.

As denominações *beneficiário* e *fideicomissário* têm sido utilizadas para designar a mesma pessoa, como ocorre na legislação do México e da Colômbia, entre outras. A legislação argentina, entretanto, apesar de não exprimir uma definição clara do fideicomissário, permite inferir distinção entre ambas as figuras.

Com efeito, a definição de fideicomisso, na Lei 24.441, refere-se à obrigação do fiduciário de transmitir os bens ao fiduciante, ao beneficiário ou ao fideicomissário (art. 1º). Novamente, no terceiro parágrafo do art. 2º, a lei menciona a figura do fideicomissário, dispondo que, se nenhum beneficiário aceitar, todos renunciarem ou não chegarem a existir, o beneficiário será o fideicomissário; e, ainda, se tampouco o fideicomissário chegar a existir, renunciar ou não aceitar, o beneficiário será o fiduciante.

Do contexto dessa disposição resulta claro que o fideicomissário é uma pessoa distinta do beneficiário e do fiduciante, que é a pessoa destinatária final do fideicomisso caso o ato constitutivo assim o preveja, mas não necessariamente, porque poderá haver fideicomisso em que o destinatário final seja o beneficiário e não o fideicomissário.

Ora, o fideicomisso argentino é, fundamentalmente, uma figura triangular, da qual participam três partes principais, quais sejam: 1º) o fiduciante ou fideicomitente, que institui o fideicomisso; 2º) o fiduciário, que recebe a propriedade e se obriga a dar-lhe a destinação determinada no ato constitutivo; e 3º) o beneficiário ou fideicomissário, em favor do qual foi instituído o fideicomisso, podendo ser designado um terceiro ou o próprio fiduciante.

Dada essa configuração, a Lei 24.441 permite que a pessoa à qual sejam dados os benefícios do fideicomisso seja distinta daquela à qual sejam destinados os bens, ao final do prazo ou uma vez implementada a condição estabelecida no ato; a esta última pessoa se denomina *fideicomissária*, enquanto *beneficiária* é a pessoa em cujo favor se exerce a administração dos bens fideicomitidos, e à qual o fiduciário deve prestar contas. Pode-se admitir que, no ato constitutivo, o fiduciante designe uma mesma pessoa como beneficiária e como fideicomissária ou designe uma pessoa como beneficiária e outra como fideicomissária, esta que pode ser um terceiro ou o próprio fiduciante. Se o fideicomisso vier a ser revogado ou por qualquer outra razão os bens fideicomitidos devam ser reintegrados ao patrimônio do fiduciante, este será o fideicomissário (art. 26). Em suma, é o ato constitutivo ou, em última análise, a lei, que definirá quem será o destinatário final dos bens no fideicomisso argentino, podendo ser tanto o beneficiário, como o fiduciante ou um terceiro.

Podem ser objeto de contrato de fideicomisso todos os bens ou direitos passíveis de transmissão. Trata-se, neste caso, de se constituir um *domínio fiduciário*, que, como acontece com qualquer direito real, limitado embora, deve recair sobre bem ou direito certo, individualmente identificado e que estejam no comércio. Podem ser objeto de fideicomisso bens móveis ou imóveis e, bem assim, os direitos creditórios em geral.

O fideicomisso, segundo a lei, poderá ser estabelecido mediante contrato ou testamento (arts. 4º e 3º, respectivamente).

Individualizadas as partes do contrato de fideicomisso, no art. 1º, o art. 4º exige que o instrumento constitutivo contenha o seguinte: 1) a individualização dos bens objeto do contrato. O contrato poderá ser celebrado mesmo que à data da constituição do ato não seja possível a individualização dos bens; nesse caso, deverão ser descritos os requisitos e as características que deverão reunir; 2) a determinação do modo como outros bens poderão ser incorporados ao fideicomisso; 3) o prazo e a condição a que está sujeito o domínio fiduciário, que nunca poderá exceder a trinta anos, salvo se o beneficiário for incapaz, caso em que poderá durar até a sua morte ou até que cesse a sua incapacidade; 4) o destino dos bens ao finalizar o fideicomisso; 5) os direitos e obrigações do fiduciário e o modo de substituí-lo; 6) a individualização do beneficiário (art. 2º).

Nos casos de transmissão *mortis causa*, o fideicomisso deverá ser outorgado por meio de testamento, por alguma das formas previstas pelo Código Civil. Se o fiduciário designado através de testamento não aceitar, aplicar-se-á o disposto no art. 10; neste caso, será o fiduciário substituído por um outro indicado no testamento ou de acordo com o procedimento nele previsto; na falta dessas disposições, o juiz designará como fiduciária uma instituição financeira ou companhia especialmente autorizada pela Comissão Nacional de Valores a atuar como *fiduciário financeiro* — arts. 10 e 19.

A lei silencia quanto à forma, remetendo, naturalmente, às regras gerais sobre contratos. Deixa claro, entretanto, que o caráter fiduciário da propriedade só produzirá efeito perante terceiros a partir do momento em que se cumpram as formalidades exigíveis de acordo com a natureza dos bens objeto do negócio (art. 12). Além disso, quando se trate de bens registráveis, deverão constar dos assentamentos a transferência da propriedade em caráter fiduciário e, se assim for pac-

tuado, o registro da propriedade fiduciária de outros bens adquiridos com os frutos dos bens fideicomitidos ou com o produto de atos de disposição sobre os mesmos.

Em relação à constituição mediante testamento, este deverá ser celebrado por alguma das formas autorizadas pelo Código Civil.

Em suma, o domínio deverá ser transmitido com observância dos requisitos gerais do ordenamento quanto ao título, modo de aquisição e registro para efeito de validade em face de terceiros.

Releva notar que em nenhum momento a Lei 24.441 trata da figura do fiduciante ou instituidor. Nada se fala de sua individualização, da enunciação dos seus dados pessoais etc. Dada essa realidade, o tratamento a ser dado ao fiduciante há de ser aquele a ser previsto no contrato, em conformidade com o ordenamento. De fato, o fiduciante é figura indispensável à celebração do fideicomisso, já que é o titular dos bens objeto da transmissão fiduciária, é aquele que constitui o fideicomisso, seja por contrato, seja por testamento, e, nessa condição, é quem estabelece a finalidade do fideicomisso, sendo ele que designa o fiduciário e os beneficiários. A propósito, observa Silvio V. Lisoprawski que a omissão quanto à figura do fiduciante deverá ser remediada mediante previsão, no ato constitutivo, de seu direito de vigiar a conduta do fiduciário e o cumprimento das obrigações por ele contraídas. Na lei, tal direito se concede ao beneficiário (art. 7º). Da mesma forma, deveria ter sido conferido o direito de demandar a restituição dos bens nos casos de renúncia do fiduciário, beneficiário ou fideicomissário. Também deveria ter sido imposta a obrigação de atender a intimações judiciais que possam acontecer por motivos de terceiros ou por outros motivos legais. E, enfim, deveriam ser reservadas ao fiduciante todas as faculdades próprias do seu caráter de instituidor ou outorgante da fidúcia.

A lei 24.441 regulamenta destacadamente o fideicomisso comum e o fideicomisso financeiro, estabelecendo as regras

gerais a que deve se submeter qualquer contrato de fideicomisso, segundo os princípios gerais do direito civil, e particularizando regras específicas para a contratação do fideicomisso financeiro.

Nesse aspecto, pode-se dizer que a lei argentina opera uma interessante articulação entre o fideicomisso civil, fundado na tradição da *fiducia cum amico* de cunho romano, e um fideicomisso comercial, inspirado no delineamento do *trust* anglo-americano, sem acolher, neste último caso, a idéia da dicotomia da propriedade.

A construção está claramente definida no art. 5º da Lei 24.441, que, ao tratar do fiduciário, abre perspectiva para que qualquer pessoa possa desempenhar suas funções, salvo se se tratar de oferta pública, hipótese em que a atividade de fiduciário está reservada a entidades que estejam subordinadas ao controle e à fiscalização de entidades estatais.¹⁵⁷

A restrição legal tem o propósito de proteger o investidor em geral, resguardando a economia popular. De fato, dado o extraordinário incremento das aplicações financeiras, notadamente como forma de constituição de pecúlio ou poupança pelo homem médio, torna-se cada vez mais necessária a presença do Estado no controle e na fiscalização das instituições que operam a captação de recursos para essa finalidade; mesmo em situações como a do fideicomisso, em que os recursos entregues à instituição fiduciária formam um patrimônio autônomo, que não se confunde com o patrimônio daquela instituição e, portanto, não está sujeito aos efeitos de sua eventual quebra, mesmo assim é indispensável a fiscalização do poder público. Assim, a oferta pública da atividade de fiduciária só pode ser feita por aquelas instituições que estejam sob

157 "Art. 5. El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica. Solo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores, quien establecerá los requisitos que deban cumplir."

controle da Comissão Nacional de Valores, com o que se possibilita a qualquer pessoa o acesso a informações sobre a idoneidade da instituição.

Nesse aspecto, a formulação da lei argentina se aproxima da lei colombiana, que, ao estabelecer os requisitos da *fidúcia comercial*, restringe a atuação como fiduciário aos “estabelecimentos de crédito e as sociedades fiduciárias, especialmente autorizadas pela Superintendência Bancária.”

Capítulo IV

Principais figuras de natureza fiduciária no direito positivo brasileiro

Introdução

No Brasil, os estudos e tentativas de *aggiornamento* da fidúcia, com o aproveitamento da noção do *trust*, remontam, como em toda a América Latina, ao início do século XX, como observa José Xavier Carvalho de Mendonça.¹⁵⁸ No processo legislativo, registram-se duas importantes iniciativas, através do Projeto de Lei nº 3.362, de 1957, e do Anteprojeto do Código de Obrigações de 1965¹⁵⁹, que abriam perspectiva

158 MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Tip. Besnard Frères, 1917, p. 280, nº 994.

159 O Projeto de Lei nº 3.362/57 dispunha sobre o “fideicomisso *inter vivos*” e veio a ser objeto de um substitutivo, em que se tipificava um negócio denominado “administração fiduciária”, reservado a instituições financeiras. Previa esse projeto a possibilidade de “transferência da propriedade, ou de qualquer outro direito, inclusive a dos papéis de crédito público ou particular, bem assim a posse de valores recebidos”, que seria considerada “sempre feitas ou constituídas a título meramente fiduciário e destinadas, apenas, a facilitar a respectiva administração”, conservando “os titulares transmitentes (...) as ações reais ou pessoais que (...) couberem.” O Anteprojeto do Código de Obrigações, de 1965, destinou um capítulo à FIDÚCIA, tipificando o “contrato de fidúcia”, com a seguinte conceituação: “Pelo

para a utilização da fidúcia nos mais variados campos, sobretudo para a administração de negócios patrimoniais.

Embora não tenha prosperado em termos de norma geral, tal como formulada no Anteprojeto do Código de Obrigações, a idéia acabou sendo acolhida em normas esparsas, para situações específicas, como são os casos das leis do mercado de capitais, das sociedades por ações, dos fundos de investimento imobiliário e da Lei 9.514/97, que introduz a fidúcia no sistema das garantias reais imobiliárias.

4.1. A alienação fiduciária e o negócio fiduciário

Já aludimos, anteriormente, à controvérsia quanto à natureza *fiduciária* das modalidades de contrato que estejam regulamentadas no direito positivo. Há quem entenda que a alienação fiduciária em garantia não é espécie de negócio fiduciário, fundamentalmente por duas razões, a saber: a) a confiança é elemento desnecessário à realização do contrato de alienação fiduciária, pois a lei sempre protege o fiduciante contra qualquer espécie de abuso, descaracterizando, outrossim, a *situação de perigo* cuja presença seria essencial para caracterizar o negócio fiduciário; e, b) a transmissão da propriedade é sempre temporária.

Não obstante essas ressalvas, a doutrina é majoritária no sentido de conceber a alienação fiduciária como espécie do gênero negócio fiduciário, basicamente por dois motivos: a) porque o fiduciário deve agir sempre com lealdade, no senti-

contrato de fidúcia uma das partes, recebendo da outra bens móveis ou imóveis, assume o encargo de administrá-los em proveito do instituidor ou de terceiro, tendo, porém, a livre disposição dos mesmos, sem prejuízo do direito do beneficiário", tendo a Comissão Elaboradora, em seu relatório, registrado que "a fidúcia teve ingresso no Projeto por proposta do Professor Nehemias Gueiros e redação deste e dos Professores Caio Mário e Orlando Gomes, ingressa em nosso direito o *trust*, que tantos e tão bons resultados deu no direito anglo-americano."

do de devolver a propriedade assim que implementar a condição resolutiva, até porque, como observa Orlando Gomes, o fiduciário não age como proprietário, mas sim como titular de uma garantia, enquanto não se der a satisfação do crédito; b) porque a transmissão da propriedade ocorre em dois momentos: primeiro, como garantia ao fiduciário, esta, sim, temporária e transitória, como no negócio fiduciário, e depois, vindo o fiduciante a cumprir sua obrigação, o bem retorna automaticamente ao seu domínio, independentemente de interpelação.

4.2. As principais figuras de natureza fiduciária do direito positivo brasileiro

A partir de 1965 o direito positivo brasileiro passou a contemplar a regulamentação de algumas figuras de natureza fiduciária mediante legislação esparsa, vindo o Código Civil de 2002 a inserir a propriedade fiduciária na parte relativa ao Direito das Coisas, entre as espécies de propriedade. Limitou-se o Código, entretanto, a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis, para fins de garantia, circunstância que deu origem a alguma controvérsia quanto à hipótese de terem sido revogadas as leis especiais que disciplinam as demais espécies de propriedade fiduciária. Pouco depois, entretanto, a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, pôs fim à controvérsia, inserindo no Código Civil o art. 1.368A, pelo qual fica esclarecido que as demais espécies de propriedade ou titularidade fiduciária submetem-se à legislação especial que regulamenta cada uma delas, admitindo a aplicação das normas do Código Civil naquilo em que este não for incompatível com a legislação especial.¹⁶⁰

160 "Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial."

Assim, ao lado da regulamentação contida nos arts. 1.361 a 1.368 do Código Civil, relativa à propriedade fiduciária em garantia, de bens móveis, continuam em vigor as leis anteriores relativas à matéria fiduciária.

Ademais, dada a eficácia dessa espécie de garantia, vez por outra é introduzida no direito positivo uma nova espécie de garantia fiduciária, estando a matéria, atualmente, regulamentada pelas seguintes normas legais:

a) Propriedade fiduciária de bens móveis, de aplicação generalizada por qualquer pessoa física ou jurídica, regulamentada pelos arts. 1.361 e seguintes do Código Civil;

b) propriedade fiduciária de bens móveis para garantia de créditos constituídos no âmbito dos mercados financeiro e de

A propósito, em artigo publicado pouco depois da entrada em vigor do novo Código Civil, escrevemos: "Com a devida vênia, entendo que permanece em vigor toda a legislação anterior relativa às demais figuras fiduciárias, fundamentalmente porque o Código não a revogou expressamente, não introduziu nova regulamentação com ela incompatível e nem regulamentou *inteiramente* a matéria de que tratam as leis anteriores. Com efeito, o Código Civil regulamentou apenas uma *espécie* de *propriedade fiduciária* (a *propriedade de bens móveis, em garantia*), mas não tratou do *gênero propriedade de fiduciária* e nem cuidou das outras espécies, que, embora estruturadas sob os mesmos fundamentos, têm funções distintas daquela que o Código contemplou (...) As leis que regulamentam cada uma dessas figuras e o Código Civil têm a mesma hierarquia e não são excludentes; o Código não as contraria, não veda a constituição de outras formas de titularidade fiduciária e nem dispõe sobre elas de maneira diversa da que estão regulamentadas; também não declarou expressamente a revogação e nem regulamentou *inteiramente* a matéria; só haveria revogação se ocorresse alguma dessas hipóteses (Lei de Introdução ao Código Civil, § 1º do art. 2º), e isso não ocorreu. Além disso, lei geral nova (Código Civil de 2002) não revoga nem modifica lei especial anterior, salvo se assim declarar expressamente (Lei de Introdução ao Código Civil, § 2º do art. 2º), de modo que continua em vigor toda a legislação relativa à propriedade fiduciária e à titularidade fiduciária, seja para fins de garantia ou de administração, pois o Código não a revogou em termos expressos." (*in* Revista de Direito Bancário, de Mercado de Capitais e de Arbitragem, n. 21, pp. 302/335).

capitais, bem como para garantia de créditos fiscais e previdenciários (Lei nº 4.728/65, art. 66B, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004);

c) titularidade fiduciária de ações de sociedades por ações (Lei nº 6.404/76);

d) propriedade fiduciária de aeronaves, para fins de garantia (Lei nº 7.565/86, arts. 148 e seguintes);

e) propriedade fiduciária dos imóveis integrantes das carteiras dos fundos de investimento imobiliário (Lei nº 8.668/93);

f) propriedade fiduciária de bens móveis para fins de garantia cedular — promessa de entrega de produtos rurais — Cédula de Produto Rural — CPR (Lei nº 8.929/94);

g) titularidade fiduciária de direitos creditórios oriundos da comercialização de imóveis (Lei nº 4.864/65 e Lei nº 9.514/97);

h) titularidade fiduciária de direitos sobre bens móveis e títulos de crédito (§ 3º do art. 66B da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo art. 55 da Lei nº 10.931/2004);

i) propriedade fiduciária de bens imóveis em geral, para fins de garantia (Lei nº 9.514/97);

j) titularidade fiduciária de créditos que constituam lastro de títulos, em processo de securitização de créditos imobiliários (Lei nº 9.514/97);

k) propriedade fiduciária dos imóveis destinados ao Programa de Arrendamento Residencial (Lei nº 10.188/01);

l) propriedade fiduciária de coisa fungível (§ 3º do art. 66B da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo art. 55 da Lei nº 10.931/2004);

m) titularidade fiduciária de créditos para fins de securitização de créditos vinculados à atividade agropecuária (arts. 38 a 41 da Lei nº 11.076/2004) e

n) titularidade fiduciária de quotas de fundo de investimento para garantia de locação de imóveis (art. 88 da Lei nº 11.196/2005).

4.2.1. Caracterização geral

Todas essas modalidades de figuras regulamentadas pelo direito positivo ajustam-se aos princípios gerais anteriormente comentados, sobre os quais se estruturam os modernos atos fiduciários, entre eles o fideicomisso hispano-americano. Em todas essas modalidades de atos a lei prevê a formação de patrimônios autônomos, separados dos patrimônios das partes envolvidas e afetados a determinado fim, que, como assinala Ferrara, se caracteriza como *un centro autonomo che non altro rapporto col patrimonio che gli sta vicino, che il legame d'avere lo stesso soggetto*, e que, como salienta, *l'único criterio per riconoscere l'esistenza del patrimonio separato è quello della responsabilità per debiti*.¹⁶¹

Com efeito, em todos os atos de transmissão, em caráter fiduciário, da propriedade da coisa ou da titularidade do direito, a transmissão se faz *em confiança*, daí falar-se em *propriedade fiduciária* ou *titularidade fiduciária*.

A constituição da propriedade ou da titularidade fiduciária implica necessariamente a formação de um patrimônio autônomo, separado dos patrimônios do fiduciante e do fiduciário, ficando o bem ou o direito afastado dos efeitos da insolvência de um ou do outro. O bem transmitido fiduciariamente constitui um patrimônio de afetação, na medida que sujeito a destinação específica, e para que fique assegurada a consecução dessa destinação o bem, embora ingresse no patrimônio do fiduciário, nele permanece segregado, não se comunicando nem se confundindo com os demais bens e direitos dele integrantes.

O objeto do contrato há de ser um bem ou direito cuja titularidade se convencie transmitir, conforme se trate (a) de alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis e de constituição da propriedade fiduciária para fins de organização dos

161 *Apud* Luiz Roldão de Freitas Gomes, in *Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro*, v. 20, p. 17/27.

fundos de investimento, ou (b) um direito cuja titularidade se contrate ceder, como é o caso da cessão de direitos ou créditos.

A propriedade ou a titularidade fiduciária constitui direito real, oponível *erga omnes*, sendo o contrato seu título aquisitivo e o registro o modo de sua aquisição. Para validade contra terceiros, o registro se faz, conforme o objeto do negócio seja móvel ou imóvel, no Registro de Títulos e Documentos, no Registro de Imóveis competente ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para seu licenciamento.

Como qualquer negócio jurídico, os atos de natureza fiduciária atendem a requisitos de ordem subjetiva, objetiva e formal. Os requisitos subjetivos são a capacidade e a legitimidade, os objetivos dizem respeito às coisas ou aos direitos que podem ser objeto do contrato, e os formais referem-se às formalidades necessárias para conferir validade e eficácia ao negócio.

Segundo os princípios de ordem geral, devem as partes — o devedor-fiduciante e o credor-fiduciário ou o devedor-cedente-fiduciante e o credor-cessionário-fiduciário — ter capacidade para contratar. O devedor-fiduciante ou o devedor-cedente-fiduciante é qualquer pessoa que seja proprietária de um bem, ou titular de um direito creditório, sobre o qual tenha poder de disposição, e o aliena ou cede fiduciariamente para garantia do pagamento de uma dívida, enquanto credor-fiduciário ou credor-cessionário-fiduciário é aquele que adquire a propriedade fiduciária ou a titularidade fiduciária do bem ou do direito creditório que constitui o objeto da garantia.

Quanto à legitimidade para transmitir o bem ou o direito em caráter fiduciário, nenhuma dúvida há de que, em regra, qualquer pessoa, física ou jurídica, capaz de alienar e de contrair obrigações, pode transmitir propriedade fiduciária do bem ou a titularidade fiduciária do direito.

Entretanto, quanto à legitimidade para receber a *propriedade fiduciária de bem móvel* a questão da legitimidade era

controvertida até o advento do Código Civil de 2002 e da Lei nº 10.931 de 2004. Com efeito, anteriormente ao Código Civil de 2002, a legitimidade para figurar como credor-fiduciário nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis era restrita às instituições financeiras e outros entes especificamente autorizados em lei; já quanto à alienação fiduciária de bens imóveis, a Lei nº 9.514/97 não faz restrição alguma, permitindo a qualquer pessoa física ou jurídica operar como credor-fiduciário.

De fato, quanto à fidúcia de bens móveis, uma corrente doutrinária sustentava que a Lei nº 4.728/65 e o Decreto-lei nº 911/69 haviam reservado tal posição às instituições financeiras e outra defendia a tese de que, não havendo restrição explícita naqueles diplomas, a alienação fiduciária de bens móveis poderia ser contratada por qualquer pessoa, física ou jurídica, independente da vinculação com o mercado de capitais.

Na ocasião, adotamos a interpretação restritiva, pois o negócio estava disciplinado especificamente no contexto da legislação do mercado de capitais e, além disso, os demais casos em que se autorizava a aquisição fiduciária de bens móveis eram tratados em legislação especial, em que se deferia a legitimação caso a caso.

A controvérsia, agora, está superada. O Código Civil dispõe sobre a propriedade fiduciária sem qualquer restrição, tornando-a suscetível de utilização para garantia de quaisquer dívidas; além disso, a Lei nº 10.931/2004 dá nova redação à Seção XIV da Lei nº 4.728/65, intitulando-a "Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais", na qual estabelece uma disciplina especial para a constituição da propriedade fiduciária nesse mercado. Assim, coexistem no direito positivo a propriedade fiduciária sobre bens móveis para garantia de quaisquer dívidas, regulamentada pelos arts. 1.361 a 1.368 do Código Civil, e as normas do art. 66B da Lei nº 4.728/65, somente para garantia de obrigações contraídas no âmbito dos mercados financeiro e de capitais, bem como do fisco e da previdência social.

Quanto à constituição da propriedade fiduciária para fins formação do patrimônio dos fundos de investimento imobiliário, a legitimidade é reservada às distribuidoras e corretoras de títulos e valores mobiliários, companhias hipotecárias, associações de poupança e empréstimo, sociedades de crédito imobiliário e bancos múltiplos com carteiras de crédito imobiliário ou de investimento.

Na cessão fiduciária de crédito imobiliário, a legitimidade para transmitir e para receber a titularidade fiduciária dos direitos creditórios é a mais ampla possível, podendo figurar como cedente o tomador de financiamento que cede o crédito, fiduciariamente, para garantia de sua dívida, e como cessionária a instituição que concedeu o financiamento.

Já na cessão de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito, em geral, a legitimidade para aquisição da titularidade é reservada às instituições autorizadas a operar nos mercados financeiro e de capitais, estando sua regulamentação contida na Seção XIV da Lei nº 4.728/65, intitulada "A alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais."

Na alienação fiduciária de ações, tem legitimidade para transmitir a titularidade o acionista e para adquiri-la qualquer pessoa capaz.

Na cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento para garantia de locação pode ser cedente o próprio locatário ou um terceiro, sendo cessionário o locador.

Em qualquer das hipóteses (alienação ou cessão), exige-se contrato escrito, celebrado por instrumento público ou particular, firmado pelas partes e, quando por instrumento particular, por duas testemunhas, que só valerá contra terceiros depois de registrado no Registro de Títulos e Documentos, na repartição competente para o licenciamento de veículos ou no Registro de Imóveis, conforme o contrato tenha por objeto coisa móvel ou imóvel, ou direitos reais relativos a imóveis (neste último caso, cessão de direito creditório decorrente da alienação de imóveis).

A alienação ou a cessão, contrato acessório, pode ser contratada em momento posterior à celebração do contrato principal, que é o negócio pelo qual terão sido constituídas as obrigações ou a dívida a serem garantidas. Não obstante, o contrato de alienação ou cessão fiduciária é, em regra, celebrado juntamente com o de compra e venda e o de financiamento, os três constituindo contratos coligados e interdependentes.

A coligação e a interdependência dos três contratos é inequívoca, não havendo como desvincular uns dos outros.

Efetivamente, na dinâmica do negócio de financiamento para aquisição de imóvel, prevista na Lei 9.514/97, os contratos apresentam-se numa seqüência elementarmente lógica. De fato, o pretendente à aquisição de imóvel, não tendo recursos para tal fim, necessita buscá-los no mercado financeiro, iniciando-se, então, esse processo mediante verificação de seu cadastro e subsequente abertura do crédito; depois da formação do contrato de financiamento, inicia-se a formação do contrato de compra e venda, pois, como o pretendente não dispõe de recursos, esta, a compra e venda, só será viabilizada depois de aprovado o financiamento. Aprovado o crédito e atendidos os requisitos para a compra e venda, formaliza-se o conjunto dos três contratos: o de financiamento para a compra e venda, o de compra e venda, cujo preço é pago com os recursos do financiamento, e o de alienação fiduciária, para garantia do financiamento. Como é óbvio, a compra e venda só existirá se tiver havido um prévio financiamento e a alienação fiduciária só existe em razão do contrato de financiamento e do contrato de compra e venda, pois inexistindo um financiamento não haverá o que garantir e se o devedor não tiver adquirido o imóvel não teria o que oferecer como garantia. Os contratos, assim, estão indissolivelmente unidos entre si, formando aquilo a que Enneccerus classifica como *união com dependência*, em que dois ou mais contratos completos, embora autônomos, condicionam-se reciprocamente, em sua

existência e validade.¹⁶² Formam esses contratos uma unidade econômica, de modo que nenhum deles subsiste sem o outro.

Do ato deverão constar os elementos do contrato, com variações conforme seja o objeto coisa móvel, coisa imóvel, direito creditório ou direito acionário.

4.2.2. Natureza jurídica dos direitos do devedor-fiduciante e do credor-fiduciário

Na regulamentação da transmissão da propriedade ou da titularidade de direitos para fins de garantia, o direito positivo brasileiro atribui à propriedade transmitida ao credor-fiduciário o caráter de *propriedade resolúvel*, ajustando sua configuração de forma a que possa cumprir função de garantia do crédito em conformidade com a dinâmica da economia moderna, com celeridade e eficácia.

Com efeito, nos termos do art. 1.361 do Código Civil, “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível, que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor” (o art. 66B da Lei nº 4.728/65 admite a constituição de propriedade fiduciária sobre coisa fungível, no âmbito do mercado financeiro e de capitais), enquanto a Lei nº 9.514/97 define a alienação fiduciária de bens imóveis como “o negócio jurídico pelo qual o devedor (...) contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel” (art. 22) e a mesma Lei 9.514/97 atribui à cessão fiduciária de direitos creditórios o efeito de “transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantia” (art. 18).

A configuração é coerente com a moderna conceituação do fideicomisso hispano-americano, notadamente a do direito

162 GOMES, Orlando, *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1966, p. 104.

argentino, no qual “a fonte do domínio fiduciário é um ato ou negócio fiduciário no qual o *pactum fiduciae* se materializa por meio da condição ou prazo resolutórios.”¹⁶³

Dada essa configuração, o devedor-fiduciante transmite ao credor-fiduciário um direito de propriedade limitado, porque destinado apenas a exercer função de garantia, que, portanto, está, como na definição de Teixeira de Freitas,¹⁶⁴ “subordinado a durar somente até o cumprimento de uma cláusula ou condição resolutiva, ou até o vencimento de um prazo resolutivo, para o efeito da restituição da coisa ao seu antigo dono.”

Assim, em razão da celebração do contrato de alienação ou de cessão fiduciária, o devedor-fiduciante se despe da qualidade de proprietário ou titular de direito creditório na medida em que transmite essa propriedade ou titularidade ao credor-fiduciário; constituindo-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel, o devedor-fiduciante passa à qualidade de proprietário sob condição suspensiva, podendo tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal.

Tem, assim, o devedor-fiduciante uma pretensão restitutória, que constitui uma expectativa real, subordinada, entretanto, ao implemento da condição.

4.2.2.1. Natureza jurídica do direito do credor-fiduciário

O credor-fiduciário, para garantia do seu crédito, adquire a propriedade do bem objeto da garantia em termos limitados, sob condição resolutiva. Adquire o credor-fiduciário, as-

163 KIPER, Claudio Marcelo, *Fideicomisso. Dominio fiduciario. Securitización*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996, p. 156.

164 Esboço, art. 4.302.

sim, um direito de propriedade que está fadado a extinguir-se, se e quando implementada a condição.

A propriedade resolúvel extingue-se, ensina Teixeira de Freitas, "por todas as causas pelas quais extingue-se o domínio perfeito,"¹⁶⁵ e, particularmente, quando contratada a transmissão com escopo de garantia, extingue-se pelo implemento da condição a que sua contratação está subordinada. A extinção da propriedade resolúvel está prevista no próprio título em que é contratada sua aquisição.

O poder do credor-fiduciário, na qualidade de proprietário fiduciário, é extremamente limitado, pois está circunscrito à finalidade exclusiva de garantia para a qual foi constituída essa propriedade especial. Perdura esse direito de propriedade, assim, somente enquanto persistir sua razão de ser, que é a de garantir o pagamento de uma dívida ou obrigação. Por isso mesmo, as restrições a que está sujeito o fiduciário são extremadas.

Dada essa característica, o poder de disposição do fiduciário sobre o bem está contido nos limites de sua configuração peculiar. Vale dizer: na medida em que, na hipótese, a propriedade fiduciária tem função de garantia, caracteriza-se como direito acessório, sendo principal o contrato pelo qual se constituiu a dívida, e, assim, enquanto perdurar, a propriedade fiduciária só é transmissível como consequência da transmissão do crédito, de acordo com o princípio segundo o qual o acessório segue o principal.

O implemento da condição resolutiva opera *ex tunc*, extinguindo o direito de propriedade para o fiduciário e reconstituindo esse direito na pessoa do fiduciante, que a recupera, automaticamente, em sua plenitude por efeito do implemento da condição.

¹⁶⁵ Esboço, art. 4.309.

A retransmissão da propriedade ao fiduciante não depende de qualquer ato de disposição do fiduciário, mas opera-se automaticamente, como consequência do pagamento da dívida.

Se, entretanto, não for implementada a condição, o direito de propriedade incorpora-se em termos definitivos no patrimônio do fiduciário. Em razão da resolubilidade, a consolidação da propriedade no fiduciário opera-se pelo simples não-implimento da condição, independente de qualquer novo ato constitutivo desse direito, seja judicial ou extrajudicial. Essa consolidação direta decorre da própria natureza da condição, como elucida Teixeira de Freitas, no art. 616 do Esboço, pelo qual, "não cumprida a condição resolutiva, ou sendo certo que não se cumprirá, o direito a ela subordinado ficará irrevogavelmente adquirido, como se nunca tivesse havido condição."

Mas, não obstante consumir-se essa aquisição irrevogável a que se refere Teixeira de Freitas, a limitação do direito do fiduciário, quando constituída a titularidade fiduciária para fins de garantia, é de tal maneira extremada que estará presente até mesmo depois da consolidação da propriedade plena em seu nome. De fato, mesmo consolidando-se a propriedade em seu nome, o fiduciário não pode dela dispor livremente, como lhe convier, mas deverá fazê-lo rigorosamente dentro de condições e limites fixados na lei e no contrato. Está dentro dessa ordem de limitações o dever legal imposto ao fiduciário de colocar o imóvel à venda em prazo certo e improrrogável (no máximo trinta dias após o registro da consolidação), e deverá fazê-lo em leilão público; para esse fim, não tem liberdade de fixar o preço de venda do imóvel, mas deverá oferecê-lo à venda pelo valor que tiver sido estabelecido no contrato, para o leilão, devendo, também, observar os procedimentos legais e contratuais estabelecidos para realização do leilão, tudo isso levando em conta que o ingresso do imóvel no seu patrimônio se faz para o fim específico de garantia, e não para sua livre utilização e disposição. Em suma, o poder do credor sobre o bem visa a realização do seu valor econômico, para satisfação do crédito.

4.2.2.2. Natureza jurídica do direito do devedor-fiduciante

Sendo o credor-fiduciário titular de uma propriedade resolúvel, em decorrência do contrato que celebrara com o devedor-fiduciante, encontra-se este último, na pendência da condição, em posição de se tornar novamente proprietário do bem que transmitira em caráter resolúvel ao credor-fiduciário. Por força dessa transmissão em caráter resolúvel, o transmitente (devedor-fiduciante) e o adquirente (credor-fiduciário) são “investidos de direitos opostos e complementares, e o acontecimento que aniquila o direito de um consolidará, fatalmente, o do outro.”¹⁶⁶

Caio Mário da Silva Pereira destaca como característica da essência desse negócio jurídico a existência de “duas declarações de vontade geminadas: a) uma de alienação, pela qual a coisa passa ao domínio do adquirente; b) outra (correspondente ao *pactum fiduciae*) exprimindo o seu retorno condicional ao devedor.”¹⁶⁷

Ao identificar a posição jurídica do devedor-fiduciante, José Carlos Moreira Alves vê pontos de contato entre a alienação fiduciária e a compra e venda com reserva de domínio, em que “o comprador, antes de pagar integralmente o preço, tem, como titular que é de propriedade sob condição suspensiva, direito expectativo, em cujo conteúdo se encontram os *iura possidendi, utendi e fruendi*.”¹⁶⁸

Ressalva, entretanto, que na alienação fiduciária “a resolução decorre da verificação de *condicio iuris* (a extinção da obrigação, ainda que posteriormente ao vencimento, a venda, pelo credor, da coisa alienada fiduciariamente, ou a renúncia dessa modalidade de propriedade), e não de *condicio facti*

¹⁶⁶ GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *Da propriedade resolúvel*, cit., p. 66.

¹⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil — contratos*. 12. ed., revista e atualizada por Regis Frichner. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. III, p. 578.

¹⁶⁸ ALVES, José Carlos Moreira, ob. cit., p. 132.

(que é condição em sentido técnico), porquanto a existência de *condicio iuris* não depende da vontade das partes.”¹⁶⁹

É que os eventos que ensejam a recuperação do bem pelo fiduciante e sua consolidação no fiduciário são elementos da tipificação desse negócio jurídico, não tendo as partes autonomia para criar condições diversas daquelas constantes da lei, de modo que as condições do contrato de alienação fiduciária não o são em sentido próprio, mas caracterizam-se como requisitos, condições legais ou condições *impróprias*, pois “enquanto as condições, em sentido próprio, são postas pelo manifestante ou pelos manifestantes, as *condiciones iuris* são-no pela lei.”¹⁷⁰

Assim, a condição suspensiva que a doutrina, majoritariamente,¹⁷¹ identifica na posição do devedor-fiduciante deve ser tomada na acepção de *condicio iuris*, que opera independentemente da vontade das partes e “é, por definição, suspensiva, no sentido de que, antes da sua verificação, ou não há contrato, ou o mesmo não é eficaz.”¹⁷²

169 ALVES, José Carlos Moreira, *Alienação...*, cit., p. 140.

170 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, ob. e p. cit. A propósito, anota Bevilacqua que “algumas destas condições são chamadas impróprias, porque apresentam a forma, sem ter a essência das condições. Tais são as necessárias, as *condiciones juris*....BEVILACQUA, Clóvis, *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929, p. 297).

171 Registrem-se, nesse sentido, GOMES, Orlando: “o fiduciário adquire uma propriedade limitada, *sub conditionis*, a denominada *propriedade resolúvel*. Ele passa a ser *proprietário sob condição resolutiva* e o fiduciante, que a transmitiu, *proprietário sob condição suspensiva*.” (*Alienação...*, cit., p. 38); VIANA, Marco Aurélio S.: “temos, então, na pessoa do credor a propriedade sob condição resolutiva, enquanto no devedor a propriedade é sob condição suspensiva.” *Comentários ao novo Código Civil — Dos direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XVI, p. 533. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira) e RESTIFFE NETTO, Paulo: “Esse direito expectativo está submerso na eventualidade da reaquisição do domínio do bem, agora sob condição suspensiva da integralização do pagamento da dívida.” (*Garantia fiduciária*, cit., p. 325).

172 MESSINEO, Francesco, *apud* GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *Da propriedade resolúvel*, citl, p. 91.

Com efeito, “como subproduto da resolubilidade,”¹⁷³ surge para o devedor-fiduciante o direito de reaquisição da propriedade, e essa reaquisição encontra-se pendente da realização de uma condição suspensiva, representada pela dívida cujo pagamento o fiduciante se obriga a efetivar; a realização dessa condição (o pagamento) importa necessariamente na extinção da propriedade fiduciária.

Dada a estruturação do contrato de alienação fiduciária, o direito do fiduciante nasce no momento em que contrata a constituição da propriedade resolúvel, pois é aí que começa a se produzir o fato complexo, de formação sucessiva, a que o direito faz corresponder, quando concluído, o efeito aquisitivo do direito de propriedade, como anota Galvão Telles, ao observar que uma das hipóteses características de “expectativa é a dos contratos ou outros negócios jurídicos celebrados sob condição suspensiva.”¹⁷⁴

A condição suspensiva que atribui ao devedor-fiduciante direito expectativo à recuperação da propriedade plena tem natureza de direito real, observando Enneccerus-Nipperdey que o direito expectativo é da mesma natureza do direito expectado, e este é o direito de propriedade, que o fiduciante adquirirá quando se cumprir a condição: “*En resumen, la expectativa del titular condicional es tratada como un derecho en todos los aspectos conocidos y, por esto mismo, hay considerarla también como un derecho. La hemos de construir, pues, como una expectativa (pendiente), o sea, como un derecho a adquirir ipso iure, al cumplirse la condición, el crédito, la propiedad, há herencia, el legado. Este derecho tiene el mismo carácter que el derecho pleno. Por consiguiente, el derecho de expectativa a la adquisición de la propiedad es un derecho real.*”¹⁷⁵

173 RESTIFFE NETTO, Paulo, *Garantia fiduciária*, cit., p. 325.

174 TELLES, Inocêncio Galvão, *Expectativa jurídica (algumas notas)*, O *Direito*, 1 (1958), 2-6, apud PINHEIRO, Luís Lima, *A cláusula de reserva da propriedade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 54.

175 ENNECCERUS, Ludwig e NIPPERDEY, Hans Carl, *Tratado de dere-*

A situação se assemelha à da reserva de propriedade do direito português, em que se caracteriza uma expectativa real, "visto que existe na perspectiva da aquisição de um direito real. E, sem hesitações, qualificá-la-íamos de *direito real de aquisição*, uma vez que o vendedor não pode evitar a verificação dos pressupostos aquisitivos (...) Com a verificação da condição, em regra o pagamento integral do preço, na venda a prestações com o pagamento da última prestação, o 'direito de expectativa' ascende, *ipso jure*, a direito (de propriedade) pleno."¹⁷⁶

Não há que confundir *direito expectativo* com *expectativa de direito*: enquanto naquele já se tem um direito eventual, e se pode exercer ações a ele inerentes, nesta se tem apenas mera expectativa ou expectativa de fato, que não enseja o exercício de qualquer ação. Diz Pontes de Miranda: "quando falo de expectativa (pura), estou necessariamente aludindo à posição de alguém em que se perfizeram elementos de suporte fático, de que sairá fato jurídico, produtor de direitos e outros efeitos, porém ainda não todos os elementos do suporte fático: a regra jurídica, a cuja incidência corresponderia o fato jurídico, ainda não incidiu, porque suporte fático ainda não há."¹⁷⁷ É ainda Pontes de Miranda que alinha, entre os direitos expectativos, aqueles que se originam de negócios jurídicos a prazo ou sob condição, porque a verificação do termo ou o implemento da condição opera a aquisição do *direito expectado*, de modo que aquele que frustra a *expectação a termo ou sob condição* tem que sofrer os efeitos do art. 129 do Código Civil." Em síntese, o direito eventual do fiduciante integra seu patrimônio e, como "direito expectado, é elemento do patrimônio do expectante, pode ser arrestado, penhorado, ou entrar em massa concursal, e se transmite entre vivos e a causa de morte."¹⁷⁸

cho civil de Enneccerus, Kipp e Wolff. Tomo I, v. II, 2ª parte. 3. ed. espanhola, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1956, pp. 292/293.

176 ASCENSÃO, Oliveira, *apud* PINHEIRO, Luís Lima, *A cláusula de reserva de propriedade*, cit., ps. 57/58.

177 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado*, § 577, nº 8.

178 Ob. e § cit., nº 9.

O titular desse direito tem a faculdade de exercer todos os atos destinados a conservá-lo, tal como prescreve o art. 130 do Código Civil, notadamente, no caso da alienação fiduciária, o de defender a posse direta que lhe é atribuída pelo contrato, com os interditos possessórios, inclusive contra o próprio fiduciário. Além disso, sendo titular de um direito real, que decorre da própria configuração da propriedade resolúvel e da natureza real do *direito expectado* (que é a propriedade), tem o fiduciante legitimidade para promover as ações reais contra quem quer que viole esse direito.

Uma vez implementada a condição, mediante pagamento da dívida ou do adimplemento da obrigação, tem o fiduciante (que até então era devedor) pretensão restitutória contra quem quer que seja o titular do direito de propriedade fiduciária. O direito de reversão da propriedade ao fiduciante é inerente à dinâmica da propriedade resolúvel, operando-se a reversão automaticamente, tão logo seja paga a dívida, tendo ele, assim, "uma pretensão desenganadamente real, visto que se tornou novamente proprietário com o implemento da condição resolutiva,"¹⁷⁹ até porque a própria configuração do contrato, nos termos da lei, alinha a reversão como um dos elementos de sua tipificação. Confirma-o o art. 25 da Lei 9.514/97, que prevê expressamente a resolução da propriedade fiduciária com o pagamento da dívida e encargos e que, no seu § 1º, impõe ao fiduciário a obrigação de, no prazo de trinta dias, fornecer "o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, estabelecendo, por fim, no seu § 2º, que, à vista do termo de quitação (...), o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária."

Fica claro, assim, que, nos atos de transmissão fiduciária da propriedade, para fins de garantia, tal como configurada no direito positivo brasileiro, o fiduciante é titular de um *direito real de aquisição*, que se concretiza com a conclusão do paga-

179 GOMES, Orlando, *Alienação ...*, cit., p. 63.

mento e mediante simples cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Se, entretanto, a condição não se realiza no tempo e pelo modo convencionado, isto é, se o fiduciante não paga a dívida, considera-se inexistente o ato, inapto a produzir qualquer resultado, devendo o fiduciante restituir a coisa nos termos definidos na legislação pertinente, sujeitando-se, conforme o caso, à ação de busca e apreensão ou à ação de reintegração de posse.

O direito do fiduciante é transmissível, inclusive por sucessão hereditária. A Lei 9.514/97, que disciplina a alienação fiduciária da coisa imóvel, prevê expressamente essa faculdade no seu art. 29.¹⁸⁰

A regra não deixa margem a qualquer dúvida: sendo o fiduciante titular de um direito real de aquisição da propriedade, cuja concretização dar-se-á mediante o pagamento da dívida, poderá transmitir esse direito de aquisição e as obrigações correspondentes, de forma que o cessionário substituirá o cedente em todos os seus direitos e obrigações, passando a figurar como fiduciante na respectiva relação fiduciária. O cessionário, assim, investe-se do direito real de aquisição da propriedade plena, que passará a lhe pertencer mediante implemento da condição. Tratando-se de direito cuja constituição dependa de registro, deve a cessão ser registrada para sua plena eficácia e para que produza efeitos jurídicos perante terceiros.

Ainda a propósito da posição jurídica do fiduciante, importa cotejá-la, mesmo que superficialmente, com a do promitente comprador de imóvel, dado que, observada a posição desses contratantes do ponto de vista de uma operação de compra de imóvel com pagamento parcelado, podem ser suscitadas semelhanças quanto à natureza do direito de aquisição da propriedade, dando origem a confusão no que tange à extinção do contrato.

180 "Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações."

Com efeito, vistos sob o ângulo do fiduciante e do promitente comprador, ambos os mecanismos — o da promessa de compra e venda e o da compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária — colocam-nos na posição de titulares de direito de aquisição sob condição suspensiva, que se concretiza com a complementação do pagamento do preço do imóvel.

De fato, considerados ambos os negócios como operação de compra de imóvel com pagamento parcelado, no contrato de promessa de compra e venda o proprietário de um imóvel se compromete a vender determinado imóvel ao promitente comprador, mas não lhe transfere o domínio, retendo-o até que se complete o pagamento do preço pactuado para a aquisição. Já na compra e venda com financiamento e pacto adjeto de alienação fiduciária o vendedor concede um financiamento ao adquirente e este efetivamente adquire o domínio do imóvel; subseqüentemente, reconhecendo a dívida, o adquirente assume a obrigação de pagá-la e, em garantia do cumprimento dessa obrigação, transmite ao credor a propriedade resolúvel do mesmo imóvel.

Na promessa de compra e venda, o direito real de aquisição do promitente comprador não decorre de condição resolutiva a que esteja subordinado o direito da outra parte, não havendo possibilidade de aquisição plena por parte do promitente comprador de forma automática; nesse caso, concluído o pagamento do preço, depende o promitente comprador de um ato de disposição do promitente vendedor, ou seja, é necessário que, por expressa manifestação de vontade, mediante escritura pública de compra e venda, o promitente vendedor, depois de ter recebido o preço, contrate a transmissão do domínio ao promitente comprador.¹⁸¹

181 Importa registrar importante evolução introduzida pela legislação na estrutura dos compromissos de compra e venda de lotes de terreno, pela qual o compromisso vale como título para registro de domínio em nome do compromitente comprador. Trata-se da Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999, pela qual foi incluído um parágrafo ao art. 26 da Lei nº 6.766/79, com a seguinte redação: "§ 6º. Os compromissos de compra e venda, as cessões e

Diversa é a situação na relação fiduciária, pois, nesta, aquele que detém o domínio (credor das parcelas do financiamento concedido para a aquisição) está investido no domínio sob condição resolutiva, cujo implemento implica a imediata e automática reversão desse domínio para o fiduciante, tão logo este complete o pagamento do financiamento; neste caso, o fiduciante não depende de qualquer ato de disposição do credor (que detém o domínio), mas, tão-somente, de um termo de quitação, que comprova que o fiduciante pagou inteiramente a dívida; apresentado esse termo de quitação ao Oficial do Registro de Imóveis, este cancela o registro da propriedade fiduciária, daí resultando a automática recuperação da propriedade plena por parte do fiduciante, sem necessidade de qualquer ato de disposição por parte daquele que detinha o domínio, como ocorre com o contrato de promessa de compra e venda.

Outro fator de distinção relevante é a acessoriedade do contrato de alienação fiduciária, sua natureza de contrato de garantia.

De fato, a alienação fiduciária é contrato acessório, de garantia, que se extingue em decorrência da extinção do contrato de empréstimo ao qual está vinculada (com a reversão da propriedade ao fiduciante), enquanto a promessa de compra e venda é contrato autônomo, cujo objeto é obrigação de fazer, que, no seu curso normal, se extingue mediante outorga da escritura de venda, uma vez completado o pagamento.

Os efeitos são igualmente distintos em caso de inadimplemento do devedor.

Na promessa de compra e venda dá-se a extinção do contrato mediante ação de resolução do contrato, com a restitui-

as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação." Essa prerrogativa diz respeito somente aos compromissos que tenham por objeto terrenos resultantes de parcelamento do solo urbano, mas não chega a dar nova estrutura ao compromisso. É de se admitir que a regra venha a ser adotada para as promessas de venda, em geral, e nesse sentido têm sido apresentados vários Projetos de Lei no Congresso Nacional.

ção das quantias pagas, deduzidas a multa e outros encargos contratuais, bem como a taxa de ocupação, se for o caso.

Já na alienação fiduciária, contrato de garantia que é, dá-se a extinção mediante excussão do objeto da garantia, de acordo com o procedimento estabelecido pela lei especial, que compreende (a) a consolidação da propriedade no credor, (b) venda do bem, (c) entrega do produto da venda ao credor, até o limite do seu crédito, e, (d) entrega do saldo, se houver, ao devedor. Admite-se, com a aceitação do credor, a dação em pagamento do direito eventual do devedor, hipótese em que consolida-se a propriedade definitivamente no patrimônio do credor.

Efetivamente, considerando que a alienação fiduciária é contrato acessório de um contrato de financiamento, não se pode cogitar de extingui-lo sem a extinção do contrato de financiamento, que só se extingue mediante pagamento da dívida pelo devedor ou por meio de excussão da garantia objeto do contrato acessório, não sendo possível aplicar à extinção do contrato de alienação fiduciária as regras de extinção do contrato de promessa de compra e venda.¹⁸²

182 "Tutela antecipada. Alienação fiduciária de coisa imóvel. Insurgência contra a r. decisão pela qual indeferida essa medida de urgência objetivando impedir que empresa fiduciária não promovesse atos tendentes à desocupação e venda do imóvel, bem como a não inserção dos nomes dos agravantes em entes de proteção ao crédito. Impossibilidade desse decisório. *Hipótese na qual os recorrentes contrataram a transferência da propriedade resolúvel desse bem a essa empresa. Existência de confissão de dívida do apontado valor financiado pelos agravantes. Interrupção do pagamento das parcelas do financiamento pelos recorrentes, o que autoriza a agravada a promover correspondente execução do crédito. Impossibilidade de rescisão do contrato, pois não respeita a simples compromisso de venda e compra (...)* Recurso não provido." (Agravado de Instrumento nº 386425-4/0-00, 7ª Câmara de Direito Privado — Tribunal de Justiça de São Paulo — rel. Des. Encinas Manfré — grifamos). "A forma da restituição do valor pago encontra-se regulada pelo § 4º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, e não de acordo com a forma genérica do art. 53, do Código de Defesa do Consumidor." (Apelação Cível nº 4009624/0, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. Oldemar Azevedo).

4.2.2.3. Penhora dos direitos do fiduciário e do fiduciante

Os direitos do credor-fiduciário e do devedor-fiduciante são penhoráveis. Importa atentar para a natureza do direito de cada um deles.

Quanto ao credor-fiduciário, o objeto da penhora há de ser seu direito de crédito, acompanhado do objeto da garantia fiduciária. Assim, em processo de execução judicial movido contra o credor-fiduciário, serão objeto de hasta pública o crédito e sua garantia; no leilão, ao adquirir o crédito, arrematante ficará sub-rogado nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de alienação fiduciária, tornando-se titular do crédito e proprietário fiduciário do bem objeto da garantia, em substituição ao credor-fiduciário; por força da sub-rogação, o arrematante se apropriará do crédito e, completando-se o recebimento do crédito que foi penhorado, será obrigado a dar quitação ao devedor-fiduciante e fornecer-lhe o "termo de quitação".

No outro pólo está o devedor-fiduciante; este é titular de um direito de aquisição sob condição suspensiva, que pode ter como objeto, igualmente, bens móveis, imóveis ou, ainda, direitos de crédito. O direito do devedor-fiduciante é igualmente penhorável.

Pontes de Miranda refere-se especificamente a essa hipótese, ao alinhar entre os direitos expectativos os derivados de negócios a prazo ou sob condição, salientando que tais direitos integram o patrimônio do expectante (aqui, devedor-fiduciante) e, assim sendo, "pode ser arrestado, penhorado ou entrar em massa concursal..."¹⁸³

Sérgio Jacomino lembra, a propósito, que os direitos do devedor-fiduciante, na alienação fiduciária de bens imóveis, são suscetíveis de cessão (Lei 9.514/97, art. 29), não deixan-

183 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, § 577, nº 9.

do dúvida quanto à sua penhorabilidade; ora, diz ele, “ostentando um conteúdo econômico, *direito atual* disponível, parece lógico que esse direito também pudesse ser objeto de constrição judicial e conseqüentemente alienação forçosa.”¹⁸⁴

Nesse caso, o objeto da penhora será o direito de aquisição do domínio, isto é, o direito que tem o devedor-fiduciante de ser investido na propriedade plena do bem ao efetivar o pagamento da dívida que o onera. Assim, cogitando-se de penhorar os direitos do devedor-fiduciante, o objeto da penhora não será a propriedade, que ele ainda não tem,¹⁸⁵ mas tão somente os direitos aquisitivos.¹⁸⁶

O valor econômico dos direitos aquisitivos, para efeito da penhora, merece especial atenção.

Com efeito, na medida em que a aquisição da propriedade, por parte do devedor-fiduciante, é condicionada ao pagamento da dívida, que em geral se faz parceladamente, a apuração do valor econômico do direito aquisitivo penhorável deve levar em conta, necessariamente, entre outros fatores, o valor do saldo devedor, deduzindo-o do valor de mercado do bem. Realizado o leilão dos direitos aquisitivos penhorados, o arrematante ficará sub-rogado nos direitos e obrigações do devedor-fiduciante, substituindo-o na relação contratual com o credor-fiduciário; neste caso, o arrematante tornar-se-á ti-

184 JACOMINO, Sérgio, *Penhora – alienação fiduciária de coisa imóvel. Algumas considerações sobre o registro*. Boletim Eletrônico IRIB # 2245 – 09/01/2006, in “Biblioteca Virtual Dr. Gilberto Valente da Silva.

185 A situação tem pontos de contato com a caução de direito aquisitivo sobre imóvel, isto é, a caução do direito do promitente comprador ou do promitente cessionário de imóvel, bem como do cessionário do promitente comprador (Lei 9.514/97, arts. 17 e 21).

186 “Processual civil. Locação. Penhora. Direitos. Contrato de alienação fiduciária. O bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constrictos. Recurso especial provido.” (REsp 260.880-RS, rel. Min. Félix Fischer, DJ 12.2.2001).

tular dos direitos aquisitivos e estará obrigado a resgatar o saldo da dívida, em cumprimento da condição a que está subordinado o contrato.

A penhora dos direitos do devedor-fiduciante não atinge o direito do credor-fiduciário, pois o que ocorre é apenas a substituição do devedor-fiduciante, que deixa de ser o devedor original e passa a ser o arrematante.

Em qualquer dos casos – seja referindo-se aos direitos do credor ou aos direitos aquisitivos do devedor – a penhora deve ser registrada no Registro competente, seja Registro de Imóveis ou Registro de Títulos e Documentos (neste último caso, se se tratar de bem móvel). Quando a propriedade fiduciária tiver por objeto bem imóvel, o registro se faz com fundamento nos §§ 4º e 5º do art. 659 do Código de Processo Civil.

Não obstante pareçam triviais, essas observações podem ser úteis, pois vez por outra se verificam equívocos quando, em processos de execução judicial, se cogita de penhorar os direitos do credor ou do devedor. No artigo citado, Sérgio Jacomino refere-se ao caso de uma execução trabalhista em que, não obstante o Executado fosse apenas titular de direitos aquisitivos de determinado imóvel, na posição de devedor-fiduciante, o mandado judicial determinou a penhora da propriedade, e não os direitos aquisitivos de que era titular o Executado.

4.2.3. Insolvência

A constituição da propriedade fiduciária sobre bens móveis ou imóveis, bem como da titularidade fiduciária sobre direitos e títulos de crédito, implica a afetação do bem ou do direito objeto da garantia fiduciária, excluindo-os dos efeitos da insolvência.

O direito do fiduciante tem efeito real, trata-se de direito real de aquisição, valendo contra terceiros, daí porque, ocorrendo a falência do fiduciário, “deve o síndico proceder como se fora o próprio titular da propriedade resolúvel (...) a condi-

ção resolutiva vale contra os credores do fiduciário, visto que a propriedade foi transferida unicamente para o fim de garantia, não para uso ou gozo do seu titular provisório, tanto assim que se extingue.”¹⁸⁷

Nestas condições, ocorrendo a falência do fiduciário, não se extingue a relação jurídica decorrente da alienação fiduciária, assumindo a massa falida a posição do falido e mantendo-se o direito eventual do fiduciante. Assim, se o fiduciante pagar, obterá a propriedade plena do bem, mas, ao contrário, se deixar de pagar, há de sujeitar-se aos efeitos da mora e, portanto, poderá perder seu direito à aquisição da propriedade, hipótese em que caberão, normalmente, os procedimentos de intimação para purgação da mora e consolidação da propriedade no fiduciário, na forma da legislação pertinente.

Quanto à hipótese de insolvência do devedor-fiduciante, a solução está disciplinada na lei de forma explícita, assegurando ao fiduciário a restituição do bem, seja móvel ou imóvel, nos termos da legislação especial sobre as garantias fiduciárias (art. 7º do Decreto-lei 911/69 e art. 32 da Lei 9.514/97) e na Lei de Recuperação e de Falência do Empresário e da Sociedade Empresária (Lei nº 11.101/2005, art. 49, § 3º), pelas quais os bens objeto de propriedade fiduciária não se submetem aos efeitos da recuperação da empresa devedora-fiduciante, isso porque, ao se contratar a alienação fiduciária e se constituir a propriedade fiduciária em nome do credor-fiduciário, o bem objeto do negócio foi excluído do ativo do devedor-fiduciante, não fazendo parte da massa.

4.2.4. Caracterização das principais modalidades de contrato

As questões acima consideradas dizem respeito aos aspectos comuns a todas as modalidades de atos de natureza fiduciária existentes no direito positivo brasileiro. Nos tópicos

187 GOMES, Orlando, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 142.

seguintes, passamos a considerar especificamente as peculiaridades de cada uma dessas figuras.

4.3. Alienação fiduciária de bens móveis

Introdução

O contrato de alienação fiduciária de bens móveis é título constitutivo da *propriedade fiduciária*, tendo sido originalmente caracterizado no art. 66 da Lei nº 4.728, de 1965,¹⁸⁸ que, ao estruturar as bases do Mercado de Capitais, com novas formas de captação e aplicação de recursos do público, criou a garantia fiduciária visando suprir a insuficiência das garantias incidentes sobre bens móveis, como o penhor e a reserva de domínio, que já então não eram compatíveis com as características da circulação do crédito na sociedade contemporânea. A redação do art. 66 da Lei nº 4.728/65 foi alterada pelo Decreto-lei nº 911/69.

Posteriormente, a matéria veio a ser inserida no Código Civil de 2002, que regulamentou a propriedade fiduciária de bens móveis, em garantia, nos arts. 1.361 a 1.368,¹⁸⁹ revogan-

188 O art. 66 e seus parágrafos da Lei nº 4.728/65 delineou a alienação fiduciária em garantia nos seguintes termos: "Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida. (...) § 2º O instrumento da alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente de sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades do depositário." O Decreto-lei nº 911, de 1969, deu nova redação a esse dispositivo, nos seguintes termos: "Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel 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."

189 "Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. § 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com a transcrição do contra-

do as disposições do art. 66 da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 911/69, exceto as normas de natureza processual, que continuaram em vigor. Diferentemente da Lei nº 4.728/65, o Código Civil não restringe a utilização dessa garantia ao mercado de capitais, legitimando qualquer pessoa a contratar sua aplicação em garantia de pagamento de dívida. Mais tarde, a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, derogou os arts. 66 e 66A da Lei nº 4.728/65 e nela introduziu o art. 66B, definindo algumas características especiais para constituição de propriedade fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais. Além disso, o § 3º do mesmo art. 66B criou a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre bens móveis, bem como sobre títulos de crédito em geral.

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 à pessoa do credor, regulamentada pelos arts. 1.361 a 1.368 do Código Civil, e outra exclusivamente para garantia de créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como do fisco e da previdência social, caracterizada pelas disposições especiais definidas pelo art. 66B e seus parágrafos da Lei nº 4.728/65.

Quanto às normas processuais, a mesma Lei nº 10.931/2004 alterou os procedimentos relativos à ação de busca e apreensão do bem objeto da propriedade fiduciária, dando nova redação ao art. 3º do Decreto-lei nº 911/69 e restringindo esse procedimento de busca e apreensão às operações do mercado financeiro e de capitais e às garantias dos créditos fiscais e previdenciários. Assim, de acordo com essa

to, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. § 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa."

legislação, dois são os procedimentos aplicáveis à propriedade fiduciária de bens móveis: a ação de reintegração de posse, de que tratam os arts. 926 e seguintes do Código de Processo Civil, e a ação autônoma de busca e apreensão, de que trata o art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, sendo que para esta última só estão legitimadas as pessoas jurídicas de direito privado integrantes do mercado financeiro e de capitais e as pessoas jurídicas de direito público titulares de créditos fiscais e previdenciários.

4.3.1. Alienação fiduciária e figuras afins

Apesar de ter pontos de aproximação com a reserva de domínio, com a retrovenda e com o penhor, a alienação fiduciária em garantia de bens móveis não se confunde com essas figuras.

Na venda com reserva de domínio, o vendedor, sendo proprietário de determinado bem, contrata sua venda ao adquirente-devedor, mas a transmissão da propriedade fica suspensa, dependendo do pagamento do preço; já na alienação fiduciária, é o devedor que, sendo proprietário da coisa, nessa condição contrata sua transmissão ao credor; na primeira hipótese a garantia decorre da reserva, enquanto na segunda a garantia está na venda que o devedor faz ao credor. Além disso, a venda com reserva de domínio tem como partes contratantes apenas o vendedor e o comprador, enquanto na alienação fiduciária, em regra, figuram o vendedor, o comprador e o financiador.

Quanto à retrovenda, também não há o que confundir, pois por esse contrato se convencionou uma venda em que o vendedor se reserva a faculdade de reaver a coisa mediante restituição do preço mais as despesas feitas pelo comprador, enquanto na alienação fiduciária é o devedor-fiduciante que tem assegurada a reversão da coisa à sua propriedade. Além disso, a causa, no contrato de retrovenda, não é a garantia, que é a causa do contrato de alienação fiduciária.

Por fim, a alienação fiduciária se distingue do penhor porque neste o devedor conserva a propriedade da coisa, enquanto na alienação fiduciária o devedor transfere a propriedade ao credor.

4.3.2. Conceito e caracterização

Propriedade fiduciária é uma propriedade limitada pelas restrições que sofre em seu conteúdo, considerada a finalidade para a qual é constituída, tendo duração limitada, enquanto perdurar o escopo do negócio. Por esse modo, o titular de determinado bem transmite a propriedade ao credor sob condição resolutiva, com a exclusiva finalidade de garantia. Uma vez cumprida a obrigação garantida, resolve-se a propriedade do credor, retornando a plena propriedade ao patrimônio do antigo titular.

Trata-se de direito acessório, pois a propriedade fiduciária é constituída com a precípua finalidade de assegurar o cumprimento de obrigação, que, em geral, corresponde à satisfação de um direito de crédito, que é o principal. Dado o caráter acessório da garantia, em caso de cessão do crédito esta se transmite ao cessionário, juntamente com o direito de crédito, que é o principal; pela mesma razão, extingue-se a propriedade fiduciária automaticamente, com a extinção do direito de crédito.

A propriedade fiduciária em garantia difere dos direitos reais limitados de garantia, quais sejam o penhor, a anticrese e a hipoteca, porque nestes o titular da garantia tem um direito real *na coisa alheia*, tendo em vista que o bem dado em garantia, embora vinculado ao cumprimento da obrigação, continua no patrimônio do devedor, enquanto na propriedade fiduciária a garantia incide em *coisa própria* do credor, já que o devedor lhe transmite a propriedade do bem, embora em caráter resolúvel.

Ao regulamentar a matéria, o Código Civil conservou a estrutura básica formulada pela Lei nº 4.728/65 e pelo Decre-

to-lei nº 911/69, aperfeiçoando a regulamentação em termos conceituais e de técnica legislativa.

Inova o Código ao dispor que a constituição da propriedade fiduciária se dá mediante registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, “ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento...” (§ 1º do art. 1.361),¹⁹⁰ bem como ao prever a

190 O emprego da conjunção alternativa “ou” suscitou controvérsia, tendo em vista que, ao atribuir à repartição encarregada do licenciamento competência para registro do contrato, retira dos serviços de Registro de Títulos e Documentos – RTD a exclusividade que, anteriormente, lhes era conferida para esse fim, nos termos do art. 236 da Constituição Federal, pelo qual “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.” Antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil, os arts. 11 e 18 da Medida Provisória nº 1.925-5/2000 já atribuíam ao “respectivo órgão de trânsito” competência para tal registro, e contra essa norma a ANOREG – Associação dos Notários e Registradores do Brasil ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.150-8-DF, alegando violação dos princípios de publicidade e de segurança que caracterizam os serviços de registros públicos constituídos com base no referido art. 236 da CF. O STF julgou improcedente o pedido, entendendo que aqueles dispositivos não violam a Constituição, apenas prevêm uma modalidade peculiar de registro. Assinala o Relator, Ministro Ilmar Galvão, que tal modalidade “em nada compromete a publicidade e a segurança das relações respaldadas por cédulas de crédito bancário.” Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que “o excepcional na Constituição é a atividade de registros públicos ser exercida, conforme o art. 236, em caráter privado, mediante delegação do poder público. Quem pode delegar pode não delegar. Foi o que fez a lei, com relação aos veículos.” Não obstante, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6960/2002, contendo proposição de mais de uma centena de alterações no Código Civil, entre elas uma que propõe nova redação ao § 1º do art. 1.361, pela qual procura preservar a competência do Registro de Títulos e Documentos, prevendo que o registro do contrato será feito no Registro e na repartição competente para licenciamento de veículos. Fundamenta-se a proposição em que o modo de constituição de direito real é o registro do respectivo título no Registro competente; se se tratar de imóvel, no Registro de Imóveis do lugar do imóvel, se se tratar de bem móvel, no Registro de Títulos e Documentos. Assim, de acordo com o preceito constitucional e com os princípios que orientam a constituição dos

possibilidade de o devedor *dar em pagamento ao credor "seu direito eventual à coisa"* (parágrafo único do art. 1.365), e, ainda, ao estabelecer que *ficará sub-rogado* não só o terceiro interessado que pagar a dívida, mas, também, *o terceiro não interessado* que o fizer (art. 1.368).

De outra parte, quanto ao objeto da propriedade fiduciária, a Lei nº 10.931/2004 inova ao admitir a constituição de propriedade fiduciária sobre coisa fungível e, bem assim, a constituição de titularidade fiduciária sobre direitos relativos a bens móveis e, ainda, sobre créditos representados por títulos de crédito, em geral, ressalvado que essas novas modalidades de garantia só se aplicam para garantia de créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como para garantia de créditos fiscais e previdenciários.¹⁹¹

A forma de constituição da propriedade fiduciária e da titularidade fiduciária é o contrato, que, caso o objeto seja coisa corpórea, é o de alienação fiduciária e, caso seja incorpórea, é o de cessão fiduciária.

O contrato de alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual o devedor, também chamado *fiduciante*, con-

direitos reais, o modo de constituição da propriedade fiduciária sobre veículos haveria de ser o registro do contrato de alienação fiduciária no RTD, devendo ser entendido o registro na repartição de licenciamento como um *plus*, que pode ser considerado para fins de controle e fiscalização, e não para fins de constituição da propriedade fiduciária sobre veículos.

191 "§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada."

po de garantia, contrata a transferência ao credor, ou *fiduciário*, da propriedade resolúvel de determinada coisa móvel ou da titularidade resolúvel de direito sobre coisa móvel ou de título de crédito.

Em regra, com a constituição da propriedade fiduciária ou da titularidade fiduciária desdobra-se a posse, ficando o devedor com a posse direta e o credor com a posse indireta sobre o bem objeto da garantia. Entretanto, nas hipóteses em que o objeto da garantia é coisa fungível ou direito sobre bem móvel e, ainda, quando se tratar de título de crédito, a regra é a atribuição da posse direta e indireta ao credor, salvo disposição contratual em contrário.

O modo de constituição da propriedade fiduciária ou da titularidade fiduciária é o registro do contrato no registro competente.

Ao contratar a transferência da propriedade o devedor o faz sob condição resolutiva, pela qual, ao se completar o pagamento da dívida garantida, extingue-se a propriedade fiduciária, recuperando o devedor a propriedade plena do bem.

A alienação fiduciária é negócio jurídico bilateral, oneroso, formal, comutativo e acessório, que visa a transmissão da propriedade em garantia. *Bilateral* porque encerra uma série de direitos e obrigações tanto para o credor como para o devedor. *Oneroso*, porque ambas as partes visam vantagens ou benefícios, impondo-se encargos recíprocos. *Formal* porque se exige a observância de requisitos formais, entre eles o registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos ou na repartição encarregada do licenciamento de veículos.¹⁹² *Comutativo*, pois as obrigações de ambas as partes guardam relativa equivalência. É, finalmente, *acessório* porque visa a garantia do cumprimento de obrigações contraídas em outro contrato, que pode ser, em geral, de empréstimo, de abertura de crédito ou de compra e venda com pagamento parcelado.

192 Ver, acima, nota sobre o § 1º do art. 1.361 do Código Civil.

O campo de aplicação do contrato de alienação fiduciária nas hipóteses dos arts. 1.361 e seguintes do Código Civil e do § 3º do art. 66B da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004, restringe-se ao da garantia de dívida. Por ele o devedor transfere ao credor, em confiança, o domínio de certos bens, sob a condição resolutiva de lhe serem devolvidos quando paga a dívida. Não se efetuando o pagamento da dívida, “fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros e aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.” (art. 1.364).

É vedado o pacto comissório, sendo a propriedade do credor onerada com um encargo, pois, deixando o devedor de pagar, o credor recupera a posse do bem, mas com o encargo de vendê-lo para, com o produto da venda, satisfazer o seu crédito.¹⁹³

4.3.3. Elementos

O contrato de alienação fiduciária, em regra, vincula-se a contrato de empréstimo, sendo ambos, quase sempre, celebrados num mesmo instrumento; a esses dois contratos articula-se, freqüentemente, o contrato de compra e venda de determinada coisa, pois essa modalidade de garantia é utilizada em larga escala nas relações de consumo. Nesse conjunto de contratos estabelece-se uma relação de natureza obrigacional, concernente ao contrato de empréstimo, e outra de natureza real, que é a alienação da coisa ao emprestador para garantia do empréstimo, esta última tendo como sujeitos o fiduciante e o fiduciário e como objeto a coisa sobre a qual será constituída a propriedade fiduciária.

A esse propósito, observa Alfredo Buzaid que “o nexo que se forma entre os elementos supõe a um tempo o financia-

193 WALD, Arnaldo, *Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 167.

mento e a transferência ao credor de um bem que, uma vez satisfeita a obrigação, deve ser restituído ao alienante. O objetivo da alienação exclui que a transferência possa ser considerada uma *datio in solutum*, pois esta representa uma forma de pagamento, cuja função consiste em extinguir a obrigação".¹⁹⁴

Há, assim, (i) um vínculo real entre devedor fiduciante e credor fiduciário, que se consubstancia na transmissão da coisa, e (ii) um vínculo obrigacional, que, neste caso, desdobra-se diferentemente do que ocorre no negócio fiduciário, no qual só o credor tem obrigação de restituir a coisa, pois aqui, no contrato de alienação fiduciária, a obrigação é recíproca entre as partes: enquanto o credor-fiduciário se obriga a restituir a coisa, o devedor-fiduciante se obriga a pagar a dívida. Só então, satisfeitas as obrigações, extingue-se o contrato e as partes voltam ao *statu quo ante*. Todavia, se o devedor-fiduciante não pagar a dívida, torna-se em mora ou inadimplente, circunstância que assegura ao credor-fiduciário o exercício do domínio e da posse plena sobre a coisa, sendo a ele vedado, contudo, conservar para si a propriedade plena (*pacto comissorio*), devendo, ao contrário, vendê-la a terceiro e, então, apropriar-se do produto da venda até o limite do crédito garantido, tudo isso porque a propriedade é transferida ao fiduciário somente para garantia da dívida, não obstante sejam conferidos todos os poderes inerentes ao domínio, inclusive o de seqüela.

Dada essa configuração, destacam-se mais dois elementos que caracterizam a alienação fiduciária: a resolubilidade e a transitoriedade da transmissão da propriedade e, bem assim, a restrição da propriedade. Contrata-se a alienação apenas para garantia do cumprimento das obrigações do alienante-fiduciante, permanecendo o fiduciário com o domínio do bem

194 BUZAID, Alfredo, *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia*, Revista dos Tribunais, v. 401, pp. 9-29.

enquanto tais obrigações não forem inteiramente cumpridas. A resolubilidade e transitoriedade consubstanciam-se na limitação temporal do domínio,¹⁹⁵ que permanece no fiduciário até o implemento da condição (pagamento da dívida). Verificando-se a condição, o fiduciante, automaticamente, recupera sua posição jurídica de proprietário pleno do bem. Os efeitos do implemento da condição operam *ex tunc*. De outra parte, o fiduciário não recebe a coisa para dela se apropriar em caráter perpétuo, mas com a finalidade de restituí-la, desde que a obrigação seja cumprida, e esta é a restrição caracterizadora da propriedade fiduciária em garantia. Como observa Alfredo Buzaid, “não se pode deixar de reconhecer que o fiduciário está indiretamente vinculado, no exercício de suas faculdades de proprietário, a obrigações assumidas em face do fiduciante.”¹⁹⁶

4.3.4. Sujeitos do contrato

São sujeitos do contrato de alienação fiduciária o titular de determinado bem e o credor; o titular da propriedade do bem pode ser o devedor ou terceiro-garante e o credor é aquele ao qual será transmitida a propriedade do bem, para garantia de empréstimo; na hipótese, a transferência do bem, em caráter resolúvel, é pactuada mediante contrato de alienação fiduciária vinculado a contrato de empréstimo.

4.3.5. Elementos e requisitos do contrato

A aplicação mais freqüente da alienação fiduciária de coisa infungível se dá no contexto do mercado de consumo de

195 RESTIFFE NETO, Paulo, *Garantia Fiduciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 1976, p. 97.

196 BUZAID, Alfredo, *Ensaio...*, cit., p. 19.

bens duráveis, no qual a alienação fiduciária está associada à compra de um bem para o qual o comprador precisa de financiamento e, nesse caso, envolvem-se, em geral, três pessoas: o comprador (devedor-fiduciante), o vendedor e um financiador (credor-fiduciário). Trata-se de operação complexa em que se articulam contratos de compra e venda (vendedor e comprador), de financiamento (financiador e comprador-devedor) e de garantia (devedor-fiduciante e financiador credor-fiduciário). O financiador celebra com o comprador um contrato de financiamento para aquisição do bem, pagando ao vendedor o valor correspondente, no todo ou em parte, o comprador firma com o vendedor a compra e venda, pagando parte do preço com os recursos do financiamento que obteve, e, ainda o comprador celebra com o financiador o contrato de garantia, transmitindo-lhe para esse fim a propriedade fiduciária do bem adquirido. Na relação que se estabelece entre o financiador (credor-fiduciário) e o devedor (fiduciante), o contrato principal é o de financiamento, ou empréstimo, e o contrato acessório é o de alienação fiduciária.

A despeito da articulação desses contratos, que, em regra, se realizam simultaneamente, o vendedor não se libera das obrigações decorrentes do contrato de compra e venda, continuando a responder pelos vícios e defeitos da coisa vendida e devendo zelar pela sua integridade, perfeição e boa qualidade, assegurados ao adquirente, pelos Códigos Civil e do Consumidor, o direito de pleitear o abatimento no preço ou a resolução do contrato.

A propósito do eventual interesse do proprietário fiduciário (financiador) nos litígios que podem decorrer dessas relações, sustenta Paulo Restiffe Neto que ele pode, "pela íntima conexão e dependência entre o negócio subjacente e o negócio fiduciário, estabelecedores da triangulação dos sujeitos, legitimamente reclamar do vendedor, ocupando a posição do adquirente, ao lado deste, em litisconsórcio ativo (art. 46 do CPC). É que o vício ou defeito, conforme a sua extensão ou

gravidade, deprecia a coisa dada em segurança, desfalcando a garantia real, autorizando o credor a considerar vencida a dívida (art. 762, I, do CC) se não houver reforço ou acerto¹⁹⁷.

A alienação fiduciária de coisa fungível é inovação introduzida pela Lei nº 10.931/2004 e deve ter aplicação mais restrita, mais freqüentemente para fins de garantia de empréstimo destinado a capital de giro de empresas. Nesse caso, a estruturação do contrato é mais simples, contemplando apenas a presença do tomador do empréstimo (devedor-fiduciante) e a do prestador (credor-fiduciário).

Como qualquer negócio jurídico, a alienação fiduciária pressupõe agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei e, bem assim, requisitos de ordem subjetiva, objetiva e formal.

Os requisitos de ordem subjetiva são a capacidade e a legitimação, os de natureza objetiva dizem respeito às coisas que podem ser objeto do contrato e os requisitos de cunho formal referem-se às formalidades necessárias à validade e eficácia da garantia.

4.3.5.1. Capacidade

Segundo os princípios de ordem geral, devem as partes – devedor-fiduciante e credor-fiduciário – ter capacidade para contratar. O devedor-fiduciante poderá ser qualquer pessoa que seja proprietária de um bem, sobre o qual tenha poder de disposição, e que irá aliená-lo fiduciariamente para garantia de pagamento de determinada dívida, enquanto credor-fiduciário é aquele que, sendo credor do fiduciante, adquire a propriedade resolúvel do bem objeto da garantia.

A capacidade não se confunde com a legitimidade.

197 RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária*, cit., p. 113.

4.3.5.2. Legitimidade

Qualquer pessoa, natural ou jurídica, que seja proprietária de um bem e tenha capacidade para alienar, pode figurar como fiduciante (alienante) no contrato de alienação fiduciária, mas, quanto à legitimidade para adquirir fiduciariamente bens móveis, registrou-se controvérsia até entrar em vigor a Lei nº 10.931/2004, uma corrente sustentando que a Lei nº 4.728/65 teria reservado tal posição às instituições financeiras e outra defendendo a liberdade de qualquer pessoa, mesmo não vinculada ao mercado de capitais, para adquirir fiduciariamente, pois não havia restrição explícita na lei.

Aqueles que defendiam a generalização do instituto argumentavam que o fato de esse contrato ser utilizado mais frequentemente no mercado de capitais não o tornava exclusivo das instituições financeiras, pois não havia restrição explícita na lei; invocavam em favor da generalização o Decreto nº 62.789/68, Regulamento da Previdência Social, que admitiu a utilização da alienação fiduciária para constituição de garantia de débitos perante a Previdência, estando aí uma hipótese em que, de uma parte, o credor não é instituição financeira e, de outra parte, o devedor é qualquer empresa com débito para com a Previdência, e não alguém que toma um empréstimo para aquisição de algum bem. Além disso, havia o Decreto-lei nº 413, de 1969, que admite a constituição de propriedade fiduciária para garantia de crédito representado por cédula de crédito industrial.

Já aqueles que defendiam a tese de que a alienação fiduciária de bens móveis só teria aplicação quando o credor fosse instituição financeira sustentavam que, não obstante se encontrassem na lei alusões genéricas às figuras do credor e do devedor, o certo é que, como explicitava a exposição de motivos do Decreto-lei 911/69, sua *mens legis* era dar maiores garantias às operações feitas pelas financeiras, dando celeridade aos processos, sem prejuízo da defesa, “não sendo lícito aplicar uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a

qual foi feita,"¹⁹⁸ havendo também a tese de que só poderiam ser garantidas por propriedade fiduciária as operações que a lei indicava, de maneira específica.¹⁹⁹

A controvérsia foi solucionada com a entrada em vigor do novo Código Civil e da Lei nº 10.931/2004, pois, de uma parte, o Código possibilita a utilização generalizada dessa figura, para garantia de quaisquer negócios jurídicos, e não apenas como garantia dos financiamentos concedidos pelas entidades financeiras ou para as hipóteses previstas de maneira restritiva pela legislação especial, e, de outra parte, a Lei nº 10.931/2004 estabelece características especiais para o contrato de alienação fiduciária de que seja parte entidade financeira, intitulando a Seção XIV da Lei nº 4.728/65 de "Alienação Fiduciária em Garantia no âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais."

Quanto à generalização do contrato de alienação fiduciária em garantia, observa José Carlos Moreira Alves que, para evitar sua utilização em negócios usurários, o Código Civil deve ser complementado por legislação processual visando propiciar ao devedor defesa mais ampla quando da busca e apreensão, ressaltando, entretanto, que a vedação do uso da garantia não é a melhor maneira de coibir a usura.²⁰⁰

A despeito dessa nova orientação, importa registrar que a legislação especial anterior que autorizava a utilização dessa garantia para casos específicos continua em vigor.²⁰¹

198 MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 134.

199 Confirma essa tese a decisão da 1ª Turma do STF, no RE 90.723-SP: "A legitimidade da utilização da alienação fiduciária pelos consórcios advém de imposição normativa constante do art. 7º da Lei nº 5.768/71, e dos desdobramentos que lhe seguiram."

200 ALVES, José Carlos Moreira Alves, *Alienação...*, cit., p. 198.

201 O art. 28 do Decreto-lei nº 413, de 1969, admite que terceiro possa prestar garantia; o § 2º do art. 186 do Decreto nº 62.789, de 1968, admite a utilização da propriedade fiduciária como garantia do pagamento de débitos

4.3.5.3. Objeto

Dada sua caracterização, o contrato de alienação fiduciária tem como objeto coisa infungível, pois é da essência desse negócio a obrigação de restituir a própria coisa, que só pode ser satisfeita se ela for conservada e não substituída. A infungibilidade é requisito estabelecido pelo Código Civil (art. 1.361).

A fungibilidade, portanto, é incompatível com a natureza do contrato de alienação fiduciária.

Ora, fungíveis são bens que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade; a disponibilidade desses bens é inerente à sua própria natureza, como são os casos da matéria prima da fábrica ou do estoque da loja, que se destinam à circulação pela produção e venda. Na medida em que se constitui sobre esses bens uma garantia fiduciária o devedor fica impedido de fazer o uso a que eles estão destinados, pois o “dever de guarda, conservação e entrega implica sua imobilização e a conseqüente paralisação da atividade que constitui o escopo mesmo da empresa comercial ou industrial. O devedor já não os pode vender, ou especificar, ou transformar, ou aceder, porque deve mantê-los tais como são, *in natura*, à disposição do credor, íntegros e imutáveis.”²⁰²

A propósito, Paulo Restiffe Neto invoca a figura do depósito, inerente a essa modalidade contratual, que somente será regular quando tiver por objeto coisas infungíveis, pois o depositário se obriga a restituir o próprio bem depositado, devidamente identificado por sinais característicos, acrescentan-

perante a previdência social, enquanto a Lei nº 6.729, de 1979, permite sua utilização em operações de auto-financiamento denominada “consórcio”; o art. 5º da Lei nº 8.929, de 1994, admite a prestação de garantia fiduciária das obrigações constituídas mediante Cédula de Produto Rural – CPR.

202 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Alienação fiduciária de coisa fungível – um grave equívoco*. RT, 617:16-19, março de 1987.

do que “uma vez constatada essa desnaturação, ao invés da aplicação dos remédios processuais específicos previstos no Decreto-lei nº 911, de 1969, terão adequação apenas as regras a respeito do mútuo (arts. 1.256 a 1.264 do Código Civil).”²⁰³

A crítica de Adroaldo Fabrício e de Paulo Restiffe foi feita à luz da antiga redação da Lei nº 4.728/65, que, embora não se referisse explicitamente às coisas fungíveis, continha disposições que admitiam interpretação pela qual tais coisas poderiam ser objeto de alienação fiduciária, como anota José Carlos Moreira Alves: “A lei 4.728 – no que não foi modificada pelo Decreto-lei 911/69 – admite, de certa forma e illogicamente, que as coisas fungíveis possam ser objeto de alienação fiduciária.”²⁰⁴ Nesse regime, operava-se o desdobramento da posse, permanecendo a coisa na posse direta do devedor e atribuindo-se ao credor a posse indireta.

Não obstante, o § 3º do art. 66B da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo art. 55 da Lei nº 10.931/2004 admite que a posse seja atribuída ao credor, contrariando o princípio do desdobramento da posse que caracteriza a alienação fiduciária. Trata-se de aberração jurídica, que desfigura por completo a transmissão fiduciária em garantia.

Mas, seja como seja, esse novo dispositivo legal admite a constituição de propriedade fiduciária sobre coisa fungível, em caráter excepcional, para garantia de créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, devendo sua constituição, entretanto, revestir-se de cautelas, considerada a jurisprudência já consolidada anteriormente, que não a admite para bens comerciáveis, consumíveis ou do estoque do devedor.²⁰⁵ Anote-se, por relevante, que, em regra, a posse

203 RESTIFFE NETO, Paulo, Ob. cit., p. 101.

204 ALVES, José Carlos Moreira, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., ps. 89/90.

205 “Os bens fungíveis são incompatíveis com a estrutura e função da alienação fiduciária, notadamente quando constituam mercadoria comerciável da empresa devedora ou se destinem a insumo ou matéria-prima da sua

direta e indireta dos bens fungíveis objeto de alienação fiduciária é atribuída ao credor, sendo excepcional a posse do devedor.

Em regra, o bem deve ser identificado por caracteres individuais peculiares, seja por número e série de fabricação ou qualquer outro sinal indicativo, os quais deverão constar do contrato de alienação fiduciária, sobretudo para que o credor possa individualizá-lo na hipótese de promover a recuperação de sua posse, inclusive em face de terceiros. Caso, no contrato, o objeto não seja identificado “por números, marcas e sinais, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.” (§ 1º do art. 66B da Lei nº 4.728/65).

É admissível a contratação de alienação fiduciária de coisa futura (art. 483 do Código Civil).

A propriedade superveniente, “adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.” (§3º do art. 1.361).

produção. É nesse sentido que se firmou a jurisprudência do STJ, considerando que “os bens fungíveis e consumíveis não podem ser alienados fiduciariamente” (REsp 97952-MS, 3ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 8.5.2000). No mesmo sentido, “... em se tratando de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis), é inadmissível a alienação fiduciária e tampouco a ação de busca e apreensão e de depósito a que se refere o Decreto-lei nº 911/69.” (STJ, 3ª Turma, REsp 346240, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 4.11.2002), e, ainda, “Os bens fungíveis que constituem mercadoria comercial de empresa devedora, ou matéria-prima de seus produtos comerciais, não podem ser objeto de alienação fiduciária. Infringe a própria natureza do instituto a alienação em garantia de bens fungíveis destinados necessariamente a servir de insumo ou matéria prima nos produtos de sua fabricação e comércio, no exercício normal do ramo de mercancia do devedor.” (STJ, REsp 2431-SP, 4ª Turma, rel. Min. Athos Carneiro, DJ 10.9.1990). “A 2ª Seção da Corte, competente no tema, por maioria uniformiza seu entendimento proclamando a inadmissibilidade da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis)” (STJ, 2ª Seção, REsp 19.915-8-MG-ED, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 17.12.92).

Navios e aeronaves, embora equiparados aos bens imóveis, para efeito de hipoteca, podem ser objeto de alienação fiduciária (Decreto-lei nº 413/69, art. 48).

Títulos de crédito, em geral, podem ser transmitidos em garantia fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais, mediante cessão (§§ 3º e 4º do art. 66B da Lei nº 4.728/65).

As ações do capital social de sociedades anônimas, bem como as partes beneficiárias e os bônus de subscrição podem ser objeto da alienação fiduciária, tal como dispõem os arts. 40, 100 e 113 da Lei nº 6.404/76, que explicitam o tratamento peculiar dessa modalidade do contrato, como, por exemplo, quanto ao registro, que será feito nos livros da sociedade, considerando-se constituída a propriedade fiduciária com a respectiva averbação.

A permissão para negociação fiduciária de ações inspira-se no princípio de que o negócio fiduciário, como instituto de ampla aplicação, abrange a transmissão de bens ou direitos, bem como a assunção de obrigações abstratas. Nesse caso, a alienação fiduciária²⁰⁶ enseja a criação da figura do acionista fiduciário, o qual, observa Ferrara, “não é fictício, testa de ferro ou mandatário, mas verdadeiro acionista, proprietário efetivo da ação, quer nas relações internas quer nas relações externas, podendo, portanto, intervir nas assembléias e exercer direitos sociais.”²⁰⁷ Não obstante, a Lei nº 6.404/76, no parágrafo único do art. 113, excepciona esses princípios, preservando o direito de voto do devedor, mas executável somente nas condições que o contrato estipular, ao dispor que “o credor garantido por alienação fiduciária da ação não poderá exercer o direito de voto; o devedor somente poderá exercê-lo nos termos do contrato.”

206 A designação apropriada é *cessão fiduciária*, como, aliás, corretamente enunciado no art. 22 da Lei nº 4.864/65, ao tratar da cessão fiduciária dos créditos decorrentes da comercialização de imóveis, e no § 3º do art. 66B da Lei nº 4.728/65, ao tratar da cessão fiduciária de títulos de crédito, em geral.

207 BUZAID, Alfredo, *Ensaio ...*, cit.

4.3.5.4. Forma e modo de constituição da propriedade fiduciária

A forma de constituição da propriedade fiduciária em garantia é, como se viu, o contrato de alienação fiduciária, celebrado por instrumento público ou particular, e o modo de constituição dessa propriedade é o registro do contrato no registro público competente.

Com efeito, como se trata de direito real, a propriedade fiduciária sobre bens móveis só se considera constituída mediante registro do contrato de alienação fiduciária no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor e, tratando-se de veículos, na repartição competente para o respectivo licenciamento.²⁰⁸

O registro é elemento essencial da segurança jurídica, pois, na sua falta, o gravame não terá eficácia contra terceiros, que poderão, de boa-fé, adquirir o bem como se estivesse livre e desembaraçado. É o registro, aliás, elemento essencial para que a alienação fiduciária em garantia produza todos os efeitos inerentes à sua natureza, pois, ao se constituir a propriedade fiduciária, por meio do registro, o bem é afastado dos efeitos da insolvência do fiduciante e do fiduciário; afinal, a propriedade fiduciária em garantia é constituída com a finalidade específica de segregação patrimonial, visando maior eficácia da realização da garantia, daí porque a ausência do registro frustra a própria finalidade do contrato, como observa Paulo Restiffe Neto: “um importante efeito que decorre do registro em relação a terceiros é que comprovada a existência do ônus da alienação fiduciária, torna-se o bem insuscetível de responder por dívidas, quer do fiduciante, quer do fiduciário.”²⁰⁹

208 Ver, acima, nota a respeito do § 1º do art. 1.361 do Código Civil e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.150-8-DF.

209 RESTIFFE NETO, Paulo, *Garantia fiduciária*, cit., p. 130.

A alienação fiduciária pode ser contratada em momento posterior ao da celebração do contrato pelo qual se constitui o crédito a ser garantido pela propriedade fiduciária, sendo certo, entretanto, que na prática das operações de empréstimo e financiamento, entre elas as destinadas a aquisição de bens duráveis, o crédito e a garantia são constituídos simultaneamente.

É da essência do ato a enunciação, no instrumento, dos elementos do contrato. Há elementos essenciais em todo e qualquer contrato de alienação fiduciária e elementos só exigíveis nos contratos celebrados no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como aqueles destinados à constituição de garantias de créditos fiscais e previdenciários.

Assim, todo e qualquer contrato de alienação fiduciária deve conter (art. 1.362 do Código Civil):

I – o total da dívida, ou sua estimativa;

II – o prazo, ou a época do pagamento;

III – a taxa de juros, se houver e

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

Os contratos celebrados no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, além dos elementos indicados no art. 1.362 do Código Civil, deve indicar também a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos (art. 66B da Lei nº 4.728/65).

4.3.6. Direitos e obrigações das partes contratantes

As obrigações e os direitos das partes contratantes (fiduciante e fiduciário) decorrem de lei e das estipulações do contrato.

O devedor-fiduciante, como possuidor direto da coisa objeto da alienação fiduciária, pode usá-la segundo sua destinação, por sua conta e risco, sendo-lhe assegurados os seguintes direitos:

- a) usar, gozar e fruir do bem, sobre o qual tem a posse direta, enquanto se mantiver adimplente;
- b) propor ação possessória para reaver a posse do bem;
- c) praticar atos conservatórios sobre o bem;
- d) reaver a propriedade plena sobre o bem, depois de paga a dívida à qual está vinculado;
- e) receber o saldo apurado no leilão, no caso de, configurado seu inadimplemento, o credor-fiduciário vender o bem para satisfazer seu crédito.

Se, entretanto, o objeto da propriedade fiduciária for coisa fungível e esta estiver na posse do credor, como prevê o § 3º do art. 66B da Lei nº 4.728/65, o devedor-fiduciante não terá direito de usar, gozar e fruir do bem, nem de praticar atos conservatórios sobre ele ou de propor ações possessórias contra terceiros, restando-lhe, tão somente, o direito de propor ações possessórias contra o credor, se este se recusar a restituir o bem, depois de paga a dívida, e o de receber o saldo apurado em leilão, caso se torne inadimplente e o bem seja vendido para satisfazer o crédito do credor.

As obrigações fundamentais do devedor-fiduciante são as seguintes:

- a) pagar a dívida e os respectivos encargos financeiros, nas condições pactuadas, bem como as penas pecuniárias pela mora ou pelo inadimplemento;
- b) pagar os encargos incidentes sobre o bem, tais como a taxa de licenciamento, o registro no órgão público competente etc;
- c) conservar o bem do qual tiver a posse, inclusive mediante adoção de medidas judiciais necessárias a conservar ou recuperar sua posse direta;
- d) reparar as perdas e danos decorrentes da utilização do bem, respondendo por isso perante terceiros;
- e) resgatar o eventual saldo da dívida, caso, na hipótese de inadimplemento, o imóvel tenha sido vendido em leilão e o

produto da venda não seja suficiente para amortização integral da dívida.²¹⁰

O credor-fiduciário tem direito de manter-se na posse da coisa, em caso de alienação fiduciária de coisa fungível, ou do direito, no caso de cessão fiduciária de direitos sobre bens móveis e de títulos de crédito. No caso dos títulos de crédito, a posse do credor-fiduciário se justifica para que este possa exercer a cobrança do crédito diretamente do devedor do cedente-fiduciante e pagar-se com o produto da cobrança.

Tem o credor-fiduciário, naturalmente, o direito de receber o crédito e seus acessórios e, para esse fim, tem a prerrogativa de promover a venda do bem para pagar-se.

De outra parte, o fiduciário é obrigado a respeitar a posse direta do fiduciante, nas hipóteses em que a posse lhe é deferida, permitindo-lhe o uso normal da coisa. Quando resgatada a dívida, o fiduciário é obrigado a restituir ao fiduciante a propriedade plena da coisa. Para esse fim, deverá fornecer-lhe o respectivo “termo de quitação” para que o devedor obtenha o cancelamento do gravame, na repartição ou no registro competente, conforme o caso.

Em caso de inadimplemento do devedor-fiduciante, em relação às obrigações do contrato de alienação fiduciária de bem móvel, é assegurada ao credor-fiduciário a ação de busca e apreensão ou de depósito e, bem assim, a venda do bem e a apropriação do produto da alienação até o limite do seu crédito, dos respectivos acessórios e das despesas, devendo entregar ao devedor o saldo remanescente; não se obtendo na venda valor suficiente para liquidação da dívida, o credor pode promover a cobrança da dívida remanescente.

Diverso é o procedimento em caso de alienação fiduciária de coisa fungível que esteja na posse do credor. Nesse caso,

210 Essa regra não é aplicável no caso de alienação fiduciária de bens imóveis, hipótese em que o devedor ficará exonerado do pagamento do eventual saldo devedor, qualquer que seja o produto arrecadado no leilão.

sendo possuidor o credor, "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." (§ 3º do art. 66B da Lei nº 4.728/65).

Procedimento semelhante aplica-se à hipótese de cessão fiduciária de título de crédito.²¹¹

4.3.7. Pagamento

Na alienação fiduciária, o pagamento é condição resolutiva pela qual a propriedade do bem retornará plenamente ao patrimônio do fiduciante.

O sujeito passivo da obrigação é o devedor fiduciante. Ele é que deve pagar a dívida, mas também podem fazê-lo os fiadores ou avalistas e, até mesmo, terceiros não interessados (Código Civil, art. 1.368), ficando aquele que pagar sub-rogado no crédito, na garantia e no exercício das ações asseguradas ao credor-fiduciário. Quanto à garantia, entretanto, a sub-rogação só se opera mediante liquidação total da dívida.

O titular do crédito e destinatário do pagamento é o fiduciário.

É admitida a dação em pagamento, caso a dívida não seja paga no vencimento (Código Civil, parágrafo único do art. 1.365). O objeto da dação não é a coisa objeto da propriedade fiduciária, mas o direito eventual de que o devedor seja titular sobre essa coisa. A dação opera a consolidação da propriedade no credor, definitivamente, dispensada a venda do bem.

²¹¹ Ver item específico sobre *cessão fiduciária de direitos creditórios*.

4.3.7.1. Reversão da propriedade.

Efetivado o pagamento, operam-se automaticamente os efeitos da condição convencionada no contrato de alienação fiduciária, revertendo a propriedade do bem patrimônio do devedor-fiduciante.

Com efeito, a contratação da garantia fiduciária importa na transmissão da propriedade do bem ao credor, sob condição resolutiva, e na atribuição, ao devedor, de direito aquisitivo sob condição suspensiva.

Como se sabe, a condição, quando convencionada expressamente, produz seus efeitos automaticamente, pela simples ocorrência do evento que a caracteriza, que, no caso, é o pagamento da dívida a que está vinculada a garantia fiduciária.

Assim, efetivado o pagamento, considera-se adquirida a propriedade pelo fiduciante pelo simples efeito da quitação da dívida, bastando que o credor lhe forneça o respectivo termo de quitação, com o qual o fiduciante obterá, nas repartições competentes, o cancelamento da propriedade fiduciária e a conseqüente reversão da propriedade do bem ao seu patrimônio, livre do ônus.²¹²

4.3.8. Inadimplemento e mora

Pelo contrato de alienação fiduciária, o fiduciante se obriga a pagar a dívida a prazo, normalmente em parcelas mensais, sendo raro o inadimplemento absoluto do devedor, isto é, a impossibilidade total de cumprir a obrigação, salvo nos casos de insolvência. A impontualidade nos pagamentos, entretanto, pode ocorrer com freqüência, podendo ensejar a extinção do contrato com a conseqüente consolidação da propriedade no credor fiduciário. Não obstante, é facultado ao devedor purgar a mora.

212 V., adiante, capítulo "Consolidação da propriedade no fiduciário."

A mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento da prestação, ou seja, se o devedor não pagar uma determinada prestação na forma, na época, no valor e no lugar convencionados no contrato, estará constituído em mora.

Considerando que, no caso, a mora é *ex re*, e, portanto, sua constituição decorre do simples fato do não pagamento, a lei exige que seja comprovada mediante carta dirigida ao devedor, por intermédio do Registro de Títulos e Documentos, ou por protesto, que pode ser das notas promissórias, das letras de câmbio aceitas pelo credor ou do próprio contrato.²¹³

Feita a comunicação, ou protestado o título ou o contrato, o fiduciário pode propor qualquer das medidas a que está legitimado.

A mora e o inadimplemento facultarão ao credor-fiduciário considerar, de pleno direito, vencida toda a dívida, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial (§ 3º do art. 2º do Decreto-lei nº 911/69).

4.3.9. Purgação da mora

Até o advento da Lei nº 10.931/2004, vigoravam os procedimentos estabelecidos pela redação original do Decreto-lei nº 911/69, segundo a qual, na ação de busca e apreensão, o devedor era citado para apresentar contestação, sendo-lhe facultado purgar a mora, desde que já houvesse pago mais de 40% do preço financiado.

Questionava-se se o valor da purgação de mora haveria de corresponder ao somatório das prestações atrasadas e acessó-

213 Súmula 72 do STJ: "A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente." RESP 303060-DF, DJ 25.6.2001, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar: "Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Prova da mora. A mora é *ex re*, mas a ação de busca tem por pressuposto a notificação pessoal da devedora, meio de comprovar a mora. Súmula 72/STJ."

rios, ou se deveria compreender as prestações vincendas, registrando-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento majoritário segundo o qual não deveriam ser incluídas as prestações vincendas, cujo vencimento só se antecipariam se a mora não fosse purgada.²¹⁴

De outra parte, quanto à exigência legal de pagamento mínimo de 40% como requisito para purgação da mora, registraram-se julgados no sentido de se admitir a purgação independente do percentual que o devedor-fiduciante tivesse pago, sob o fundamento de que deveriam ser criadas facilidades para recomposição do fluxo de pagamentos, visando recolocar o contrato no seu curso normal, em vista da função econômica e social do contrato de empréstimo com pacto adieto de alienação fiduciária, que é a circulação da riqueza, não só pela comercialização de bens, mas, também, pelo regular funcionamento do mercado de crédito, que pressupõe o retorno dos capitais emprestados e sua reaplicação. Não obstante, a Súmula nº 284, de 13.5.2004, pôs fim a essa controvérsia, ratificando a exigência de pagamento mínimo de 40% do valor financiado como requisito para a purgação da mora.²¹⁵

Toda essa construção doutrinária e jurisprudencial, entretanto, ficou prejudicada com a entrada em vigor da Lei nº 10.931/2004, cujo art. 56 deu nova redação aos parágrafos do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, que é omissivo quanto à purgação da mora, apenas referindo-se à faculdade do devedor de pagar integralmente a dívida, não mais se referindo ao requisito de pagamento mínimo de 40% do financiamento.

O § 2º do art. 3º do Decreto-lei 911/69, com a nova redação, inova também ao prever que a petição inicial da ação de

214 STJ, RESP nº 138096/SP, 4ª Turma, 10/11/97, DJ 9/2/98, p. 23. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; RESP 49649/MG; RESP 54515; REP 101095/MG; RHC 1163/SC.

215 Súmula 284 (13.5.2004): "A purga de mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado."

busca e apreensão deverá indicar o valor da dívida, à semelhança do processo de execução comum. O fato de o devedor pagar integralmente a dívida não o impede de questionar o valor apresentado pelo credor na inicial, e tal questionamento deverá ser formulado na resposta que lhe é facultada, no prazo de quinze dias (§§ 3º e 4º do art. 3º do DL 911/69).

Dispõe ainda esse mesmo dispositivo que o pagamento da dívida deverá se dar “no prazo do § 1º” (esse dispositivo trata da execução da liminar de busca e apreensão). A lei não fala em citação, e essa omissão suscita questionamento quanto ao termo inicial do prazo, seja para purgação da mora ou para resposta do réu.

Na nova redação, o Decreto-lei nº 911/69 é omissivo quanto à purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas, dispondo o § 2º do art. 3º que “o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor-fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.”

Essa nova redação decorre do Projeto de Lei nº 3.065/2004, pelo qual o Poder Executivo propôs alterações no Decreto-lei nº 911/69 visando dar celeridade à venda do bem apreendido, principalmente para evitar sua deterioração. Nesse sentido, contemplava a venda antecipada do bem, logo após sua apreensão, impondo ao credor pesada multa caso julgado improcedente o pedido; omitia-se, entretanto, quanto à purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas e quanto à citação do réu; contra essas omissões manifestaram-se o Instituto dos Advogados Brasileiros e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro, esta mediante proposição convertida na Emenda nº 22 ao Projeto de Lei nº 3.065/2004, a qual, entretanto, não foi acolhida.

A omissão, entretanto, não afasta a possibilidade de purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas, sobretudo considerando-se a estrutura e a função do contrato de financiamento para aquisição de bens de consumo duráveis

e a prioridade que o direito confere à manutenção do contrato.

Com efeito, a par da prioridade que se confere à manutenção do contrato, até mesmo em caso de onerosidade excessiva (Código Civil, art. 479), a mora em contratos dessa espécie enseja a possibilidade de purgação, circunstância que faz convalescer o contrato, só se admitindo a resolução depois de esgotadas todas as oportunidades de emenda da mora.

Efetivamente, apesar de a dívida ser considerada una, o direito positivo consagrou a purgação mediante pagamento das parcelas vencidas em atenção à função econômica e social do contrato de crédito e de venda com pagamento parcelado, sobretudo os que envolvam situações de maior densidade social, e disso são exemplos o Decreto-lei nº 745/69, que assegura ao promitente comprador em mora o pagamento das prestações vencidas, e a Lei nº 9.514/97, pela qual a condição resolutória do contrato de alienação fiduciária só se considera implementada se o devedor, notificado, não pagar as prestações vencidas. Em ambos os casos, a notificação premonitória, com abertura de oportunidade para pagamento das prestações vencidas, é requisito essencial para a resolução do contrato. Há, além disso, a figura afim da venda com reserva de domínio, para a qual, em caso de apreensão do bem, o Código de Processo Civil assegura a purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas (art. 1.071, § 2º).

É coerentemente com essa política legislativa que deve ser interpretado o § 2º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, ensejando a que a purgação da mora se faça mediante pagamento das prestações vencidas e não pagas, hipótese em que convalescerá o contrato, sem prejuízo da faculdade que confere ao devedor de pagar a totalidade da dívida para obter a restituição do bem livre da propriedade fiduciária, e essa interpretação é compatível com a natureza do contrato de financiamento de bens de consumo duráveis.

A par das hipóteses similares previstas em lei, importa também considerar situações outras em que a lei é omissa,

mas, não obstante a omissão, a jurisprudência vem admitindo a purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas. É o caso das ações de reintegração de posse de bem dado em arrendamento mercantil (*leasing*). É verdade que o *leasing* é figura distinta da alienação fiduciária, da venda com reserva de domínio e da promessa de venda de lote de terreno, mas com estas tem pontos de contato, no que tange à forma de implemento da obrigação do devedor, que, em atenção ao princípio da conservação dos contratos, justifica a analogia.²¹⁶

Ora, a concessão de financiamento ou o parcelamento de certo pagamento configura concessão de crédito, no seu mais amplo sentido, operação que é necessariamente precedida de análise do cadastro e da renda do pretendente, e é com base nesse exame que se fixa o limite do crédito, considerada a capacidade de pagamento do pretendente. É a partir do exame desses dados que o credor estabelece as demais condições do financiamento. O valor das *prestações* mensais e o prazo do contrato são estabelecidos em estrita conformidade com a capacidade de pagamento do tomador, isto é, dentro de um limite razoável de comprometimento de sua renda. Com efeito, o financiamento, e o conseqüente parcelamento do pagamento, têm como óbvio pressuposto a incapacidade do tomador de pagar integralmente o preço de uma só vez; por isso é que precisa do financiamento e do parcelamento, e é esse mesmo pressuposto que leva a crer que, por ocasião da busca e apreensão, ele também não terá capacidade financeira para pagar a totalidade da dívida, ensejando a perda sumária do seu

216 O *leasing* é uma locação financeira, envolvendo fruição e aquisição; já a alienação fiduciária é contrato acessório que visa a constituição da propriedade fiduciária para garantia de financiamento. Entretanto, ambos têm em comum o fato de serem contratos de trato sucessivo, em que o pagamento da obrigação se faz parceladamente, justificando-se, por esse aspecto, equiparação de tratamento no que tange à purgação da mora, como forma de viabilizar a aplicação do princípio da conservação dos contratos.

direito e a consolidação imediata da propriedade no credor, para venda logo a seguir.

Consideradas as alternativas que se põem diante do credor – receber as parcelas vencidas, com a recomposição do fluxo mensal de recebimentos, ou apropriar-se do bem e vendê-lo – parece não haver dúvida de que sua prioridade será o recebimento do crédito, ainda que parceladamente, sendo a apropriação do bem sua última opção, só admissível após frustradas todas as oportunidades de emenda da mora.

É que o interesse do credor é o recebimento do seu crédito e não a apropriação do bem. Importa que receba no prazo programado e com os rendimentos pactuados, que são calculados em termos compatíveis com o prazo de retorno do capital emprestado. No caso das instituições financeiras, o crédito é o próprio objeto da sua atividade econômica, sendo certo que o retorno dos financiamentos em *prestações* se desenvolve num compasso estabelecido em harmonia com a rentabilidade por ele almejada e com as perspectivas de reaplicação dos valores recebidos, de tal modo que, eventualmente, o recebimento antecipado de uma dívida pode se tornar inconveniente para o credor. Por isso mesmo, em países em que se opera em larga escala a concessão de crédito, o pré-pagamento é considerado indesejável, de tal modo que os financiadores procuram desencorajá-lo, estipulando cláusulas penais que impõe multa ao devedor que antecipar o pagamento, pois o que atende ao interesse do credor é a regularidade do fluxo financeiro, que lhe assegura o recebimento do seu crédito no prazo programado, e não antes.

De outra parte, a apropriação plena do bem por parte do credor deve ser sempre vista como solução excepcional, a ser adotada somente na hipótese de não ser possível, em curto prazo, a recomposição do curso normal da programação financeira do contrato. Além disso, e considerando a função dos direitos reais de garantia, não se pode esquecer que o vínculo que se estabelece entre o titular da propriedade fiduciária em

garantia e o bem visa tão somente a realização do seu valor econômico para satisfação do crédito, e não a apropriação do bem.

Não se deve, entretanto, admitir o uso abusivo da prerrogativa de purgação da mora, devendo ser coibida a reiteração, tal como ocorre, por exemplo, na lei das locações, pela qual a faculdade de purgação da mora não é admitida se o locatário a tiver utilizado por duas vezes nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação de despejo fundada na falta de pagamento.²¹⁷

Em suma, a interpretação segundo a qual a purgação da mora se faz pelo montante das prestações que se vencerem até a data do pagamento atende, de uma parte, ao interesse do devedor de adquirir o bem mediante pagamento parcelado do preço e, de outra parte, ao interesse do credor de receber seu crédito, pois o objeto da sua atividade econômica é o crédito, e não a comercialização do bem objeto da garantia.

Já a ruptura do contrato, que se opera pelo vencimento antecipado da totalidade do saldo do financiamento, constitui anomalia em face da função econômica peculiar a essa modalidade de financiamento, devendo ser priorizada a purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas e não pagas, como forma de restaurar o programa contratual.

É basicamente sob esses fundamentos que vem sendo suprida na prática a omissão da Lei nº 10.931/2004 quanto à purgação da mora, sendo digno de nota o Enunciado nº 32 do Fórum Permanente de Juízes de Varas Cíveis de Pernambuco, segundo o qual “é admissível a purgação da mora na vigência da Lei 10.931/2004,” sob fundamento de que “o direito à purgação da mora subsiste, pois decorre de outros dispositivos legais, a que o aplicador não pode deixar de recorrer quando tiver de garanti-lo ao réu da ação de busca e apreensão, numa interpretação sistemática dos diversos diplomas legais

217 Art. 62, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91.

sobre relações obrigacionais e dos princípios fundamentais das relações de consumo.” Na fundamentação do Enunciado, são invocados o princípio geral da conservação dos contratos, a prerrogativa conferida ao consumidor pelo § 2º do art. 54 do CDC, a função da purgação da mora como mecanismo inibidor da ruptura do contrato, que neutraliza “o direito do credor atinente à rescisão do contrato” (Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 173), e algumas situações similares à busca e apreensão, como, por exemplo, a venda com reserva de domínio e o *leasing*.²¹⁸

Não raras vezes invoca-se também a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça,²¹⁹ em articulação com o § 2º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual a resolução do contrato deve sempre ser vista como alternativa a critério do consumidor, circunstância que, nas hipóteses em que se configure relação de consumo, poderia assegurar ao devedor a purgação da mora mediante pagamento das prestações pretéritas. O fundamento, entretanto, não parece aplicável ao contrato de mútuo, na medida em que este é de natureza real

218 É nesse sentido a liminar deferida em 19.1.2005, no Agravo de Instrumento nº 882016-0/3, do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 10ª Câmara, sendo relator o Juiz Nestor Duarte. Trata-se de ação de busca e apreensão em que o juiz de primeiro grau, em face do que dispõe o § 2º do art. 3º do Decreto-lei 911/69, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, determinou que o réu pagasse a integralidade do saldo da dívida. O réu interpôs Agravo de Instrumento, requerendo a limitação do valor às prestações vencidas e não pagas, tendo o juiz relator deferido a liminar sob o fundamento de que, a despeito de a nova redação do Decreto-lei 911/69 referir-se ao pagamento integral do financiamento, “a purgação da mora é faculdade que se sustenta, sempre que a prestação ainda for útil ao credor, ante a distinção entre inadimplemento absoluto e mora (...) De outro lado, a purgação da mora não deve ser entendida como simples pagamento de prestações atrasadas, a elas tendo de acrescer os encargos contratuais pactuados, que não encontrem obstáculo em lei imperativa.”

219 Súmula 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”

e se aperfeiçoa mediante entrega do *quantum* emprestado, só remanescendo obrigações para o devedor, circunstância que afasta a possibilidade de lhe ser atribuída a opção pela resolução.

4.3.10. Hipóteses de vencimento antecipado da dívida

Ocorre o vencimento antecipado da dívida nos casos dos arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.427 e 1.436, a saber:

a) se o objeto da garantia se deteriorar ou se depreciar, desfalcando a garantia, e o devedor, intimado a reforçá-la, não o fizer;

b) se o devedor cair em insolvência, ou falir;

c) se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento;

d) se perecer o objeto dado em garantia e não for substituído;

e) se a coisa dada em garantia for desapropriada, depositando-se a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.

Além disso, de acordo com o art. 333, pode o credor cobrar a dívida antes do vencimento nos seguintes casos:

a) se, executado o devedor, o direito de aquisição do devedor-fiduciante for penhorado em execução por outro credor;

b) se, tornadas insuficientes, ou cessadas, as garantias do débito, o devedor, intimado, se negar reforçá-las.

De todas as hipóteses de vencimento antecipado da dívida, merece especial atenção aquela que diz respeito à falta de pagamento das prestações.

Efetivamente, nos termos do § 3º do art. 2º do Decreto-lei nº 911/69, o credor pode considerar vencidas todas as obrigações contratuais, antecipadamente, na hipótese de mora no pagamento de uma das prestações, e isso porque a dívida é uma só; o parcelamento é feito para atender a conveniência do devedor, pois este só terá tomado o financiamento

porque não dispunha de recursos para pagar a totalidade do preço de aquisição do bem. Observa Orlando Gomes que o fracionamento do pagamento da dívida decorre da conveniência das partes, "significando, em última análise, uma concessão do credor."²²⁰

Com efeito, as parcelas de pagamento, ou *prestações*, não são autônomas, mas frações da dívida, que, assim, é uma, daí porque a falta de pagamento de uma dessas frações da dívida implica o vencimento antecipado das frações subseqüentes, autorizando o credor a exigir o pagamento da totalidade da dívida e encargos.

Trata-se de faculdade conferida ao credor, podendo este, se lhe convier, deixar de exercê-la.

4.3.11. Venda do bem objeto da propriedade fiduciária

O fiduciário é titular da propriedade resolúvel da coisa até que toda a dívida seja paga. No caso de inadimplemento do fiduciante, a propriedade se consolida no credor, sendo este obrigado a promover a venda do bem para, com o produto da venda, obter a satisfação do seu crédito.²²¹

220 GOMES, Orlando, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 104.

221 A lei fala em pacto comissório, mas essa hipótese não se configura em face da propriedade fiduciária, que se caracteriza como propriedade resolúvel, pois, como se sabe, a consequência natural da não implementação da condição resolutiva é a consolidação da propriedade no fiduciário. Coerentemente com a natureza peculiar dessa garantia, a lei especial sobre alienação fiduciária de bens imóveis não se refere em momento algum ao pacto comissório. Para Caio Mário da Silva Pereira, referindo-se à alienação fiduciária de bem móvel, "parece que o legislador deixou-se por demais influenciar pela dogmática do penhor e da hipoteca (...) no plano ontológico não tem cabimento a atração do princípio. Ao contrário do que ocorre na situação pignoratícia ou hipotecária, com a alienação fiduciária a coisa já está na propriedade e na posse (indireta embora) do credor. Desta sorte, não haveria proibir aquilo que é o efeito natural do negócio fiduciário (aquisição da coisa pelo credor) (*Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, v.

Não se trata de mera autorização dada ao fiduciário, mas, sim, um direito-dever intrínseco à natureza do contrato de alienação fiduciária, que está expressamente enunciado na lei e independe de qualquer manifestação de vontade das partes,²²² pois esse contrato caracteriza-se, mesmo, “pelo fato de constituir, em favor do credor, uma propriedade resolúvel e onerada com encargo.”²²³

O Código Civil inovou em relação à forma de venda, pois limita-se a dispor que o credor-fiduciário promova a venda do bem “judicial ou extrajudicialmente”, enquanto o Decreto-lei nº 911/69 a admite “independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato” (art. 2º).²²⁴

A legitimação para promover a venda é do credor fiduciário, podendo fazê-lo diretamente ou por leiloeiro. Nada obriga o credor a promover avaliação do bem para promover sua venda. Pode vendê-lo pelo melhor preço. Não obstante, deve possibilitar ao devedor o conhecimento prévio da alienação, para que este possa fiscalizá-la.²²⁵

IV, p. 281). No mesmo sentido, Pontes de Miranda considera aberração pretender negar ao proprietário fiduciário tornar-se aquilo que ele já é, pois esse já é adquirente: “pode-se vedar o vir a ser, não o ser; aplicar-se o art. 765 [1.428 do Código Civil de 2002] ao outorgado em pacto de transmissão em segurança seria negar-se a alguém poder continuar a ser o que já é.” (*Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XXI, p. 333).

222 BUZAID, Alfredo, ob. cit. p. 9.

223 WALD, Arnoldo, ob. cit., p. 267.

224 Nos termos da Lei nº 10.931/2004, os procedimentos previstos no Decreto-lei nº 911/69 continuam em vigor, aplicando-se, entretanto, somente no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como da previdência social e do fisco.

225 RESP 327291-RS, DJ 8.10.2001, Rel. Min. Nancy Andrighi. “Alienação fiduciária. Venda judicial. Condição não prevista em lei. A venda extrajudicial do bem objeto de alienação fiduciária não está condicionada à prévia

A venda só poderá ser feita depois de consolidada a propriedade no credor-fiduciário, que, de acordo com a nova redação do § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69 (art. 56 da Lei nº 10.931/2004), se verifica cinco dias após executada a liminar de busca e apreensão do bem. Importa notar que é dentro desse prazo de cinco dias que é facultado ao devedor-fiduciante purgar a mora, de modo que, expirado o prazo sem que haja a purgação, considera-se automaticamente consolidada a propriedade no credor-fiduciário, estando este, portanto, legitimado a vender o bem a partir desse momento.²²⁶

Anteriormente à alteração introduzida pela Lei nº 10.931/2004, questionava-se a possibilidade da venda extrajudicial do bem antes da sentença que declarasse consolidada a posse e a propriedade plenas no fiduciário (*venda antecipada do bem*), sendo majoritária a doutrina no sentido de que o credor não poderia, antes da sentença que pusesse fim ao litígio e autorizasse a venda, alienar o bem dado em garantia, sobretudo à revelia do juízo, pois o fiduciário, até então, ainda não possuía título de propriedade, mas, somente, de depositário judicial.²²⁷ Não obstante, em caso de perigo de perda ou de

avaliação do mesmo por oficial de justiça, mas deverá o devedor ser previamente comunicado das condições da alienação para que possa exercer a defesa de seus interesses."

226 "Art. 3º ... § 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária."

227 "Só o resultado da procedência da ação e consolidação da propriedade e posse plena e exclusiva do objeto em mãos do autor através da sentença de primeiro grau que autoriza a venda. Aí o fiduciário teve reconhecido o seu título de propriedade. Portanto, enquanto não obtida a prestação jurisdicional favorável, não pode o autor, que detém a coisa apreendida na qualidade de depositário judicial e não de seu proprietário, abrir mão do depósito e alienar o objeto depositado em juízo". Paulo Restiffe Neto, *ob. cit.* p. 323.

deterioração do bem, seria possível a alienação a qualquer momento, mediante autorização judicial, nos termos dos arts. 670 e 1113 do CPC.

A Lei 10.931/2004 dá outro tratamento à questão, considerando automaticamente consolidada a propriedade e a posse uma vez executada a liminar de busca e apreensão e expirado o prazo de cinco dias sem que o devedor-fiduciante purgue a mora. Importa ressaltar, por relevante, que se vier a ser julgado improcedente o pedido de busca e apreensão, o juiz condenará o credor-fiduciário ao pagamento de multa em favor do devedor-fiduciante, em valor correspondente a cinquenta por cento do valor atualizado do financiamento, sem prejuízo do ressarcimento das perdas e danos que tiver causado ao devedor-fiduciante, notadamente em razão da perda do bem por força da venda que o credor-fiduciário tiver efetivado nos cinco dias subseqüentes à execução da liminar de busca e apreensão.

Efetivada a venda, apura-se o saldo entre o produto da venda e o montante da dívida e encargos, procedendo-se a prestação de contas ao devedor; havendo sobra, o credor deverá entregá-la ao devedor ou, ao contrário, remanescendo saldo devedor, o devedor continua responsável pelo pagamento, podendo o credor cobrá-lo mediante execução.²²⁸

228 A insuficiência do valor apurado na venda do bem tem tratamento diferente na Lei nº 9.514/97, que disciplina a alienação fiduciária de bens imóveis. Nesse caso, o imóvel deverá ser ofertado à venda em dois leilões; no primeiro, o lance mínimo deve ser o valor de avaliação, que as partes estabeleceram no contrato, e no segundo o valor da dívida e encargos. Não se alcançando esse lance mínimo no segundo leilão, o devedor ficará exonerado do pagamento do saldo devedor remanescente. A hipótese é semelhante aos efeitos do processo de execução judicial de crédito hipotecário regulamentado pela Lei nº 5.741, de 1971, pelo qual, não havendo, no leilão, lance que cubra o valor da dívida, o imóvel é adjudicado ao credor, considerando-se quitada a dívida hipotecária.

O art. 53 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) considera nula a cláusula que estabeleça a perda total das prestações pagas pelo devedor-fiduciante.²²⁹

Trata-se do princípio geral de vedação do enriquecimento sem causa, cuja aplicação deve ser examinada à luz do caso concreto.

As regras relativas aos contratos de mútuo e de alienação fiduciária, contidas no Código Civil, são coerentes com o princípio corporificado no CDC.

Com efeito, pelo contrato de mútuo o mutuário deve restituir ao mutuante a totalidade da quantia que dele recebeu, mais os encargos financeiros (Código Civil, art. 586), daí porque, vendido o bem, é vedado ao credor apropriar-se de quantia superior ao valor do seu crédito e encargos, sendo obrigado a entregar o saldo ao devedor.

Assim, na interpretação do art. 53 do CDC, devem ser considerados o regime jurídico próprio do contrato de mútuo, definido pelo Código Civil, e a natureza do direito acessório de garantia decorrente do contrato de alienação fiduciária.

4.3.12. Ações decorrentes da alienação fiduciária em garantia

As principais ações a que está legitimado o credor no contrato de alienação fiduciária de bens móveis são as de busca e apreensão, possessória, de depósito e de execução.

Até o advento da Lei 10.931/2004 a realização da garantia decorrente do contrato de alienação fiduciária se fazia quase que exclusivamente por meio da busca e apreensão do bem, executada mediante ação regulamentada pelo Decreto-lei nº

229 "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 ou a retomada do produto alienado."

911/69. O procedimento é célere e possibilita a apreensão do bem liminarmente, embora assegurando ao devedor o direito de purgar a mora.

De acordo com a legislação anterior ao novo Código Civil, só eram legitimadas para receber a propriedade fiduciária em garantia, de bens móveis corpóreos, as instituições financeiras e outras pessoas jurídicas a que a lei viesse a reconhecer legitimidade. O novo Código Civil, entretanto, ao tratar da propriedade fiduciária de bens móveis, retirou essa restrição, possibilitando a contratação da alienação fiduciária para garantia de quaisquer obrigações (arts. 1.361 a 1.368).

A despeito do alargamento do campo de aplicação dessa garantia, o legislador resolveu restringir a legitimidade para o procedimento especial regulamentado pelo Decreto-lei nº 911/69 às pessoas jurídicas de direito público e àquelas submetidas diretamente à fiscalização e ao controle do Estado, somente admitindo essa ação de busca e apreensão quando a garantia tiver por objeto créditos fiscais, previdenciários e os constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais (art. 8ºA do Decreto-lei 911/69, com a redação dada pelo art. 56 da Lei 10.931/2004).

Para marcar a distinção entre essas duas modalidades de contrato de alienação fiduciária, Paulo Restiffe Neto cunhou expressões próprias de identificação, denominando *paritária* a alienação fiduciária regulamentada pelo Código Civil, porque essa espécie, em princípio, é contratada entre iguais, havendo presumivelmente equiparação econômica e técnica entre as partes, e *mercadológica* a alienação fiduciária de que trata o Decreto-lei nº 911/69, porque esta espécie se caracteriza pela não-equiparação entre as partes, havendo, ao contrário, desigualdade entre elas, seja do ponto de vista econômico ou técnico, situação que, pela vulnerabilidade em que se encontraria o devedor, configuraria uma relação de consumo.²³⁰

230 Palestra proferida em outubro de 2004 em simpósio realizado no 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

Assim, na alienação fiduciária de bens móveis corpóreos, haverá procedimentos próprios para tutela judicial dos direitos o credor, conforme seja ela contratada no âmbito *mercado-lógico* ou *paritário*, isto é:

a) ação de busca e apreensão regulada pelo Decreto-lei 911/69, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, para a qual somente estão legitimados o fisco, a previdência e as entidades que operam no mercado financeiro e de capitais, e

b) ação de reintegração de posse ou ação reivindicatória ou, ainda, ação de depósito, para a qual estão legitimadas todas as demais pessoas, naturais ou jurídicas, que sejam titulares de propriedade fiduciária de bens móveis, em garantia.

A distinção parece razoável, tendo em vista a possibilidade de o Estado coibir abusos, notadamente mediante usura, mas pecou o legislador por deixar de estabelecer um procedimento judicial específico para realização da garantia nos contratos *paritários*, permitindo que se repita o longo período de incerteza que perdurou desde a promulgação da Lei 4.728/65, que não definiu o procedimento judicial de realização da garantia fiduciária de bens móveis corpóreos, até a edição do Decreto-Lei 911/69, que criou a ação de busca e apreensão. A insegurança jurídica quanto ao procedimento aplicável à hipótese inibiu a utilização do contrato naquele período, só vindo essa garantia a ter aplicação prática quando a lei definiu o processo especial destinado à realização da garantia.

A história agora se repete, de modo que a inexistência de um procedimento especial destinado às hipóteses não-enquadradas na ação de busca e apreensão do Decreto-lei 911/69 pode gerar controvérsia e tornar duvidosa a eficácia da garantia fiduciária disciplinada pelo Código Civil, pois os titulares dessa garantia terão que recorrer ao procedimento comum, presumindo-se que a ausência de estrutura judicial que assegure a agilidade necessária à recuperação do crédito poderá colocar em risco a efetividade do processo.

Observe-se, a propósito, que uma das inovações introduzidas pela Lei 10.931/2004 no procedimento de busca e apreensão é a consolidação da propriedade, liminarmente, no patrimônio do credor, que o autoriza a vender o bem imediatamente, e a justificativa para tal alteração é a possibilidade de deterioração dos bens apreendidos, sobretudo automóveis, que ficariam meses a fio nos pátios, tornando-se quase imprestáveis ao longo do processo. Ora, se o procedimento especial do Decreto-lei 911/69 já era considerado ineficaz e por isso foi necessário dar mais celeridade ao processo, como alcançar a efetividade do processo por meio de uma ação possessória ou reivindicatória?

O certo é que, ao distinguir as duas espécies de garantia fiduciária e disciplinar o procedimento específico para a espécie regulada pelo Decreto-lei nº 911/69, o legislador deveria explicitar o rito processual aplicável à realização da garantia instituída pelo Código Civil, talvez criando uma tutela específica, de urgência, como, por exemplo, a reintegração de posse liminar tal como aquela prevista na Lei nº 9.514/97, que regulamenta a alienação fiduciária de bem imóvel.

Não há dúvida de que, independente do grau de celeridade do procedimento de realização da garantia, a propriedade fiduciária continuará sendo uma garantia mais eficaz do que as garantias tradicionais, como a hipoteca e o penhor. Essas garantias, como se sabe, não importam em alteração da titularidade sobre o bem objeto da garantia, que permanece no patrimônio do devedor. Assim, em caso de insolvência deste, o bem objeto de penhor, hipoteca ou anticrese será levado ao concurso dos credores, sendo arrecadado à massa falida, o que não ocorre com o bem objeto de propriedade fiduciária; neste caso, considerando que, ao se constituir a garantia, o bem é retirado do patrimônio do devedor e transferido para o do credor (ainda que com as restrições próprias do caráter resolúvel da transmissão), não comporá o ativo da massa, em caso de insolvência do devedor.

Em suma, a realização da garantia fiduciária regulamentada pelo Código Civil reclama a construção de procedimento especial até mesmo em razão das suas peculiaridades, para que possa desempenhar seu papel de acordo com as necessidades da sociedade contemporânea.

4.3.12.1. Ação de busca e apreensão

É a ação mais freqüente, aplicável somente aos casos em que o crédito tiver natureza fiscal, previdenciária ou tiver sido contratado no âmbito do mercado financeiro e de capitais.

Trata-se de ação autônoma com regras especiais, não devendo ser confundida com a ação cautelar regulada pelos arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil. Visa a devolução do bem e a atribuição da propriedade e posse plena ao credor fiduciário e a isso se restringe, não tendo nenhuma relação com a ação de cobrança. A sentença condena o réu (devedor-fiduciante) a devolver o bem e confirma a consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário.

Sujeito ativo da ação de busca e apreensão é o credor, que pode ser o financiador no contrato de alienação fiduciária, ou o avalista, o fiador ou o terceiro interessado, que tenham efetivado o pagamento e se sub-rogado no direito de crédito e na garantia; sujeito passivo é o devedor, aquele que figura como devedor-fiduciante no contrato de alienação fiduciária, ou terceiro que esteja na posse do bem. A inclusão de um terceiro como legitimado passivo para a ação de busca e apreensão, apesar de poder suscitar controvérsias, por não integrar a relação de direito material decorrente do contrato de alienação fiduciária, justifica-se em razão do direito de seqüela que constitui um dos principais atributos dos direitos reais; por isso, o credor poderá ir buscar o bem em mãos de quem o detenha, seja o próprio devedor ou terceiros.

Proposta a ação, e presentes os requisitos legais, o juiz deferirá liminarmente a busca e apreensão do bem. Se o bem

não se encontrar na posse do devedor-fiduciante, não se procede a citação, facultando-se ao credor requerer a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito. Entretanto, se positiva a diligência, "o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente", no prazo de cinco dias, ou apresentar resposta em quinze dias. Embora a nova lei seja omissa quanto à citação, o princípio constitucional do devido processo legal e a articulação sistemática das normas processuais conduzem naturalmente à conclusão de que o réu deve ser citado, o que deve ser feito em ato imediatamente subsequente à apreensão do bem, contando-se os prazos para purgação da mora e para resposta da juntada do mandado de citação.

A nova redação do § 2º do art. 3º do DL 911/69 prevê a possibilidade de pagamento integral do saldo da dívida, que deve ser indicado na inicial. Apesar de a lei só se referir ao pagamento integral, a purgação da mora tem sido admitida na prática.²³¹

Para a resposta não há a restrição que anteriormente havia: na redação original do § 2º do art. 3º do DL 911/69 o réu só poderia apresentar contestação alegando o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais. Na nova redação, o legislador amplia o mais possível o campo de defesa ao assegurar ao devedor-fiduciante a apresentação de "resposta," abrangendo as exceções e a contestação; há, entretanto, controvérsias quanto à reconvenção, autores admitindo o contra-ataque do réu na ação de busca e apreensão²³² e entendendo outros ser inadmissível a reconvenção por se tratar de ação em que se postula uma tutela jurisdicional diferenciada, bem como por causa de regras processuais especiais que não se limitam à fase postulatória, como, por

231 Ver item *purgação da mora*.

232 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

exemplo, a sentença com efeito meramente devolutivo, que são incompatíveis com os efeitos da reconvenção.

Não se cogita mais de remessa dos autos ao Contador visando calcular o valor para efeito de purgação da mora, pois, a exemplo do processo de execução comum, o credor deve apresentar demonstrativo do débito com a inicial.

Havendo o pagamento integral da dívida, o credor estará autorizado a levantar o valor correspondente ao seu crédito, devendo restituir o bem ao devedor, já agora livre do ônus da propriedade fiduciária, extinguindo-se o processo.

Não havendo esse pagamento, nem a purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas, dá-se, em ato subsequente, a consolidação da propriedade e da posse plena do bem no patrimônio do credor, que poderá vendê-lo desde logo, cabendo à repartição competente a emissão de um novo certificado de registro da propriedade, seja em nome do credor ou em nome da pessoa a quem ele vendeu o bem. Nesse sentido, diz o § 1º do art. 3º do Decreto-lei 911/69 que “cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.”

Da sentença cabe recurso de apelação com efeito devolutivo.

4.3.12.1.1. Contagem do prazo para purgação da mora e para resposta

Na redação original, o Decreto-lei 911/69 previa que, depois de “despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação da mora” (§ 1º do art. 3º).

Na redação introduzida pela Lei nº 10.931/2004, entretanto, o DL 911/69 é omissivo quanto à citação,²³³ dispondo, quanto ao termo inicial do prazo, que, no prazo de “cinco dias após executada a liminar” (de busca e apreensão), o devedor poderá purgar a mora (§ 2º do art. 3º) ou, no prazo de quinze dias, apresentar resposta (§ 3º do art. 3º).

Apesar de a nova lei não se referir à citação, a omissão pode ser suprida na implementação prática do processo, mediante despacho ordenando a citação em ato subsequente ao cumprimento do mandado de busca e apreensão.²³⁴

A esse propósito, Márcio Calil de Assumpção faz alusão a uma situação semelhante, decorrente da aplicação do art. 802, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, que, ao tratar da contagem do prazo para contestação, em ação cautelar, refere-se também à data da execução da medida, como termo inicial da contagem do prazo. Assinala esse autor que a ação de busca e apreensão “é ação de conhecimen-

233 Como já registrado em notas anteriores, manifestamo-nos a esse propósito por ocasião da tramitação do Projeto de Lei nº 3065/2004, em pronunciamento no Instituto dos Advogados Brasileiros e na forma de sugestão de Emenda encaminhada por intermédio da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro, que recebeu o nº 22 e propunha reformulação do art. 3º e seus parágrafos do Decreto-lei nº 911/69, com a seguinte redação para o § 2º: “§ 2º Executada a liminar, o réu será citado para, em cinco dias, purgar a mora, pagando o valor constante do demonstrativo que instrui a inicial, ou apresentar resposta, na qual só poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.” (grifamos).

234 Hipótese semelhante é a do inciso II do parágrafo único do art. 802, que se refere à data da execução da medida liminar como termo inicial da contagem do prazo para agravar contra a decisão que concede liminarmente a medida cautelar. Não obstante, a jurisprudência é no sentido de que tal prazo se conta da juntada aos autos do mandado de citação e intimação, devidamente cumprido (STJ-1ª Turma, RESP 192.157-SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 12.6.2001; STJ-3ª Turma, RESP 198.011-RJ, rel. Min. Menezes Direito, j. 24.6.99; STJ 4ª Turma, RESP 70.399-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 29.10.97).

to, de procedimento especial, e não se confunde com ação cautelar, as lições doutrinárias desde que examinadas à luz dessa diferença de classificação (processo de conhecimento e processo cautelar), podem perfeitamente ser aplicadas.”²³⁵

Nesse mesmo sentido, Antonio Cláudio da Costa Machado, também referindo-se à omissão do CPC quanto ao ato citatório na ação cautelar (CPC, art. 802, II), sustenta que “malgrado a completa omissão do texto legal quanto à referência ao ato citatório, é evidente que só a partir deste é que se conta o prazo de contestação no processo cautelar. Como explicar, então, a regra sob enfoque que não fala da citação? É simples: dizendo que o prazo se conta da execução da medida cautelar, fica subentendido que a tal execução se segue, ato contínuo, a citação do requerido, de sorte que do mesmo mandado que vai ser juntado aos autos consta tanto a certidão da execução da liminar como a certificação de que o sujeito passivo foi citado.”²³⁶

A questão torna-se especialmente relevante caso o bem esteja em poder de terceiro e perante este for executada a liminar de busca e apreensão.

De fato, se a execução da liminar se fizer perante o próprio devedor, poder-se-ia argumentar que, intimado da apreensão, ele teria elementos para purgar a mora e/ou apresentar resposta. Entretanto, se o bem estiver em poder de terceiro, a apreensão poderá ser executada sem que o devedor tome conhecimento, sujeitando-o aos efeitos da revelia sem que lhe tenha sido aberta a possibilidade de exercer o direito de defesa. Nesse caso, fica claro que a falta de citação do devedor importaria em sonegação da informação a partir da

235 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil, *A Lei 10.931/04 e os novos delineamentos do procedimento da ação de busca e apreensão (DL 911/69)*, in *Revista Dialética de Processo Civil*, nº 20, novembro-2004, pp. 59-74.

236 MACHADO, Antonio Cláudio da Costa, *Código de processo civil interpretado*, Saraiva, 1996, *apud* Márcio Calil Assumpção, artigo citado.

qual ele poderia reagir, deflagrando o contraditório, circunstância que configuraria violação do princípio constitucional do devido processo legal.

Coerentemente com esse princípio, a lei processual exige seja dado conhecimento ao réu dos fatos narrados pelo autor na inicial, impondo seu art. 285 que do mandado de citação conste expressamente a advertência de que “não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor,” e é em virtude desse conhecimento que se produzem os efeitos da revelia.

Orientando-se, assim, pelos princípios constitucionais e pela interpretação sistemática das normas processuais, a solução que melhor se ajusta ao sentido das normas relativas ao procedimento especial de busca e apreensão de bem móvel objeto de propriedade fiduciária é a efetivação da citação do devedor imediatamente após a execução da liminar de apreensão do bem, contando-se o prazo da juntada do mandado, seja para purgação da mora ou para resposta.

4.3.12.1.2. Resposta do devedor

O devedor pode apresentar resposta mesmo que tenha pago a totalidade do saldo da dívida, e pode fazê-lo no mais amplo sentido. O prazo para resposta é de quinze dias, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 3º do Decreto-lei 911/69, que dispõem que ela poderá ser apresentada “ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição.”

São dignas de nota as seguintes inovações:

a) a nova lei aumenta o prazo de defesa, passando-o de três dias para quinze dias;

b) é alargado o campo de defesa, na medida em que a lei fala em “resposta” do devedor, que compreende contestação e exceções, entendendo alguns ser admissível a reconvenção (CPC, art. 297);

c) a resposta não tem mais a restrição anterior, na qual o devedor só poderia alegar o pagamento do débito ou o cumprimento do contrato. A nova redação não impõe restrição alguma.

Não havendo limitação ao objeto da resposta, é de se admitir que possa contemplar toda a matéria relativa às obrigações decorrentes do contrato de empréstimo ou financiamento com pacto adjeto de alienação fiduciária.

A amplitude do campo de defesa está, ademais, explicitada no § 4º do art. 3º, que permite ao devedor apresentar resposta ainda que tenha pago a totalidade do saldo devedor, caso em que, se entender que pagou quantia superior ao devido, deverá comprovar o excesso de cobrança e requerer a restituição. O pagamento a maior é questão que poderá suscitar controvérsia, à luz do parágrafo único do art. 42 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que faculta ao consumidor receber em dobro a quantia que pagou em excesso.

A contagem do prazo para apresentação da resposta, como acima comentado, deve ter início da juntada do mandado de citação.

4.3.12.1.3. A sentença

A ação de busca e apreensão regulada pelo Decreto-lei 911/69 contempla a consolidação da propriedade no patrimônio do credor, fato que lhe confere todas as faculdades inerentes à propriedade, assegurando-lhe, assim, o direito de dispor livremente do bem; uma vez consolidada a propriedade no patrimônio do credor, o bem já estará livre do gravame fiduciário, até porque a consolidação resulta exatamente da retirada das restrições que o gravame impunha à propriedade. Nos termos do § 1º do art. 3º do Decreto-lei 911/69, se, decorridos cinco dias da apreensão do bem, o devedor-fiduciante não tiver pago a dívida, o bem considera-se definitiva-

mente integrado ao patrimônio do credor-fiduciário, o mesmo ocorrendo, ao nosso ver, se o devedor não tiver purgado a mora, mediante pagamento das prestações vencidas; não havendo qualquer desses pagamentos, caberá “às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por este indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.”

A sentença que julgar procedente o pedido tem caráter declaratório, pois não tem efeito constitutivo relativamente à consolidação da propriedade; esta resulta, de pleno direito, da verificação da condição, que corresponde à não-purgação da mora. A sentença apenas declara a consolidação.²³⁷

A consolidação se dá pelo simples fato da não-purgação da mora, independente de decisão judicial e assim ocorre porque a propriedade fiduciária é uma propriedade resolúvel, e sua extinção ou consolidação se opera pelo simples acontecimento do evento que caracteriza a condição sob a qual foi constituída. O credor-fiduciário é titular de um direito de propriedade sob condição resolutiva e o devedor-fiduciante é titular de um direito de propriedade sob condição suspensiva; ambas as condições estão vinculadas ao pagamento da dívida. Assim, uma vez efetivado o pagamento da dívida, extingue-se automaticamente a propriedade fiduciária, revertendo ao devedor a propriedade plena do bem; se, ao contrário, o devedor deixar de cumprir sua obrigação de pagar, mesmo depois de oferecida oportunidade para purgação da mora, a propriedade se consolida no patrimônio do credor, livre do ônus.

De fato, sendo a condição resolutiva pactuada em termos expressos, seu efeito “opera de pleno direito, independentemente de interpelação, vale dizer, verificada a condição (seja *positiva*, seja *negativa*), atua automaticamente so-

237 RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária*, cit., p. 381, e ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. *Ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2001, p. 140.

bre o vínculo jurídico, resolvendo-o (...) vale por si só e dispensa a intervenção do judiciário.”²³⁸ No mesmo sentido, Espínola assinala que os efeitos da condição, quando expressa, se produzem “apenas por força da lei, sem intervenção dos tribunais e dispensada qualquer ação. Não é necessária a intervenção do juiz para pronunciar a resolução do contrato, não lhe sendo lícito até mesmo considerá-lo como não extinto.” (ESPÍNOLA, *Man.*, *cit.*, pág. 415).²³⁹

Assim, a expedição de novo certificado de registro de propriedade, no caso da consolidação no credor, ou o cancelamento do gravame à vista da comprovação do pagamento da dívida, são conseqüências diretas desses eventos, que, numa hipótese, provoca a extinção ou, na outra hipótese, importa na consolidação. Por isso mesmo, não estão incluídos na esfera da função jurisdicional nem o ato do cancelamento do gravame, que importa na reversão da propriedade do bem ao devedor, à vista do simples comprovante de pagamento da totalidade da dívida, nem o ato da expedição de novo certificado em nome do credor ou de terceiro adquirente, à vista da comprovação da não-purgação da mora, pois os efeitos de ambas as condições – suspensiva e resolutiva – se produzem automaticamente, pela simples verificação do evento, sem necessidade de se buscar qualquer espécie de prestação jurisdicional.

Considerando, entretanto, que nesse caso a propriedade fiduciária tem apenas função de garantia, a lei limita a intensidade do direito do credor, visando afastar o risco de locupletamento e evitar perdas para o devedor. Assim, mesmo admi-

238 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*. Revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizadora: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 20. ed., 2004, v. 1, p. 568/569).

239 CARVALHO SANTOS, J.M. de, *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 12. ed., 1984, v. III, p. 71.

tindo a possibilidade de o bem ser vendido logo após constatada a não-purgação da mora, a lei imputa todo o risco da venda ao credor, de modo que se o pedido de busca e apreensão for julgado improcedente e o credor tiver vendido o bem que se consolidou no seu patrimônio, o juiz o condenará ao pagamento de multa, em favor do devedor, correspondente a cinquenta por cento do valor atualizado do financiamento original, independente da sua responsabilidade de reparar as perdas e danos.

Aspecto igualmente relevante diz respeito ao resgate da dívida. Como se sabe, a ação do credor tem apenas a finalidade de busca e apreensão do bem objeto da propriedade fiduciária, não se confundindo com a ação de execução ou de cobrança. Entretanto, é por efeito da ação de busca e apreensão que o credor se apropria do bem e o vende, podendo se apropriar do produto da venda até o limite do seu crédito e despesas. Caso o valor apurado na venda não seja suficiente para esse pagamento, pode o credor promover a cobrança do saldo residual mediante ação de execução ou monitória.

Do que precede, resulta que a sentença que julgar procedente o pedido formulado na ação de busca e apreensão importa na confirmação da consolidação da propriedade e da posse no patrimônio do credor, liberando-o definitivamente de qualquer restrição quanto à disponibilidade do bem. A improcedência, por sua vez, implica a revogação da liminar de apreensão do bem, daí porque deve o bem retornar à posse e propriedade do devedor. Considerando, entretanto, que, não havendo purgação da mora, o bem terá se consolidado liminarmente na propriedade do credor, com a conseqüente emissão de novo certificado de propriedade, pode o credor tê-lo vendido, circunstância que, obviamente, tornaria materialmente impossível sua reversão ao patrimônio do devedor; se isso tiver ocorrido, a sentença que julgar improcedente o pedido imporá ao credor multa correspondente a cinquenta por cento do valor atualizado do financiamento original. Além

disso, o devedor terá assegurado o ressarcimento das perdas e danos decorrentes do ato do credor.

Da sentença cabe apelação, mas somente no efeito devolutivo. Quanto a esse aspecto, a inovação do § 5º do art. 3º do Decreto-lei 911/69 é que esse efeito se dá seja quando julgado procedente ou improcedente o pedido, enquanto na redação anterior o efeito devolutivo só ocorria se julgado procedente o pedido.

4.3.12.1.4. Perdas e danos

O § 7º do art. 3º do Decreto-lei 911/69 dispõe que a multa a que se refere o § 6º não exclui a responsabilidade do credor-fiduciário por perdas e danos. A disposição é coerente com a norma do art. 588 do Código de Processo Civil, pela qual a execução provisória corre por conta e responsabilidade do credor, que é obrigado a reparar os danos causados ao devedor.

No caso do procedimento regulado pelo Decreto-lei 911/69, trata-se, evidentemente, de ressarcimento dos prejuízos decorrentes da venda do bem antes da prolação da sentença.

Com efeito, como se viu, consolidado o bem no patrimônio do credor liminarmente, por força do § 2º do art. 3º do Decreto-lei 911/69, estará ele investido de todos os poderes inerentes à propriedade, podendo até vender o bem. Se efetivar essa venda e a sentença vier a julgar improcedente o pedido, o risco da venda é todo seu e, além de pagar multa correspondente a cinquenta por cento do valor atualizado do financiamento, deverá ressarcir os prejuízos que o devedor sofrer em razão da perda do bem.

Trata-se de responsabilidade objetiva de natureza processual. O credor responde independente de culpa, bastando a improcedência do pedido de busca e apreensão para ser aplicada a norma. O propósito da lei, nesse aspecto, é evitar a lide temerária, impondo ao credor maiores cuidados para evitar o

risco do processo. O nexo causal entre a conduta do credor-fiduciário e o dano só estará configurado se o credor-fiduciário tiver vendido o bem e a sentença vier a julgar improcedente o pedido. A apuração do valor da indenização dar-se-á após o trânsito em julgado da decisão que julgar improcedente o pedido, podendo ser liquidada nos próprios autos da ação de busca e apreensão. A esse propósito, observa Márcio Calil de Assumpção que não há necessidade de processo autônomo, ficando assegurado ao devedor o direito de optar pela apuração nos próprios autos da ação de busca e apreensão, caso em que “instaurar-se-á um processo (e não procedimento, uma vez que haverá citação do devedor, no caso o credor fiduciário) de liquidação que, em regra, será por artigos (CPC, art. 608) já que não se sabe quais serão efetivamente as perdas e danos a serem apuradas (*v.g.* podem ser desde a perda de uma safra, se o bem apreendido foi uma colheiteira, aos lucros cessantes na perda de negócios, no caso do bem apreendido ser uma máquina industrial, enfim, inúmeras situações). Não se exclui aqui a possibilidade, embora remota, de liquidação por arbitramento sob o fundamento da ‘natureza do objeto da liquidação’ (CPC, art. 606, II).”²⁴⁰

4.3.12.2. Ação de depósito

Se, realizada a diligência de busca e apreensão, o bem não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão daquela ação de busca e apreensão já ajuizada em ação de depósito, na forma do art. 902 do Código de Processo Civil²⁴¹, com base na certidão negativa

240 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de, *A Lei 10.931/04 e os novos delineamentos...*, cit.

241 Nesse sentido: 3ª Câmara Cível do 2º TACIVIL de São Paulo, 15/6/76, RT, 490:164; 3ª Turma do STJ, RESP nº 11.697, 3/12/91, DJU, 16/12/91, p. 18535, e AASP, 1.731:55; 2ª Câmara Cível do TACIVIL do Rio Grande do Sul, 2/4/92, Julgados, 84:193.

que o Oficial de Justiça tiver exarado em cumprimento àquela diligência (art. 4º do Decreto-lei nº 911/69)²⁴². Da mesma forma, o credor, desde que ciente de que o devedor se desfez do bem objeto da alienação fiduciária, antes mesmo de ajuizar a ação de busca e apreensão, poderá ajuizar diretamente a ação de depósito em face do devedor-fiduciante, podendo o terceiro adquirente, alheio à relação que se estabelece entre fiduciante e fiduciário, defender-se por via embargos de terceiro ou oposição nos autos da ação de depósito.

Assim como a ação de busca e apreensão, a ação de depósito não tem natureza de ação de cobrança. Trata-se também de ação autônoma e visa apenas a restituição da coisa depositada ou do seu equivalente em dinheiro²⁴³.

Têm legitimidade para ajuizar a ação de depósito o proprietário fiduciário (credor), o avalista, o fiador e o terceiro, interessado ou não-interessado, que pagar a dívida do devedor fiduciante (art. 1.368).

Deferido o pedido do credor-fiduciário, o juiz determinará a citação do réu (devedor-fiduciante) para que, em 5 dias,

242 Nesse sentido: Agravo de Instrumento nº 5860009193, 6ª Câmara Cível – Porto Alegre. Rel. Des. Adroaldo F. Fabrício. J – 25/86 – Ver Jurisprudência do TJRS nº 116/230; Ap. Civ. nº 478.635, 5ª Câmara Cível do 2º TACIVIL de São Paulo, Rel. Juiz Pereira Calças – J. 4/3/1997; Ap. Civ. nº 483.735, 1ª Câmara Cível do 2º TACIVIL de São Paulo, Rel. Magno Araújo – J. 10/3/1997.

243 “Convertida a busca e apreensão em depósito, não se cogita de cobrança de débito, e sim da restituição da coisa depositada ou seu equivalente em dinheiro”. (Ap. Civ. 483.735, 1ª Câmara Cível do 2º TACIVIL de São Paulo, Rel. Juiz Magno Araújo – J. 10/3/1997). “Constituindo o objetivo mediato da ação de busca e apreensão o recebimento, pela credora, do débito assegurado pelo bem fiduciariamente alienado, possível o deferimento, pelo juízo singular, independente do cumprimento da liminar, do pedido de quitação integral das parcelas vencidas e vincendas – as primeiras já pagas em percentual superior a 40% do preço financiado – satisfazendo, por inteiro, a obrigação do consorciado junto ao grupo e à administradora.” (RESP 79076-MG, DJ 12.2.2001, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

entregue a coisa, deposite-a em juízo, consigne o equivalente em dinheiro²⁴⁴ ou conteste a ação.

Se contestada, a ação segue o procedimento ordinário (art. 903 do CPC). Se julgado procedente o pedido, o juiz determinará a expedição de mandado para que o réu entregue, em 24 horas, a coisa ou o equivalente em dinheiro. Não sendo cumprido o mandado, será decretada a prisão do depositário (arts. 902, §1º, e 904 do CPC).

Quando não receber a coisa ou o equivalente em dinheiro, o autor poderá prosseguir nos próprios autos para haver o que lhe for reconhecido na sentença, observando-se o procedimento de execução por quantia certa.²⁴⁵ Caso, entretanto, lhe seja entregue o bem, é obrigado a vendê-lo.

Da sentença que julgar procedente o pedido cabe recurso de apelação, nos efeitos suspensivo e devolutivo, e da decisão que decretar a prisão do depositário infiel cabe agravo de instrumento.

244 "Nas ações de depósito derivadas de alienação fiduciária, o valor da coisa, para efeito da mais adequada estimação do equivalente em dinheiro (arts. 902, I e 904 do CPC), é o correspondente ao do débito contratual, isto é, ao do saldo devedor em aberto" (1º TACIVIL de São Paulo, Súmula 20, Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Embargos Infringentes 368.065, DOE Just., 19/9/88, p. 30). Nesse mesmo sentido, Recurso de Habeas Corpus nº 1.163, da 5ª Turma do STJ, julgado em 3/6/91, *verbis*: "Na ação de depósito, é permitido depositar-se o equivalente em dinheiro em substituição à coisa, entendendo-se daí exatamente o valor do bem, não as parcelas acessórias, que poderão ser exigidas em ação própria, tendo em vista a natureza da ação de depósito, que se exaure com o alcance do objeto, não visando, por isso mesmo, execução do crédito total. Sujeitar o devedor ao depósito da coisa ou o equivalente em dinheiro, acrescidos de parcelas que exorbitem ao valor do bem, sob pena de prisão, é medida ilegal que merece ser coibida".

245 RESP 420161-SP, DJ 23.6.2003, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. "Firmou-se a jurisprudência da 2ª Seção do STJ no sentido de que uma vez impossibilitada a recuperação do bem fiduciariamente alienado, em face de seu furto, é possível ao credor, em homenagem ao princípio da economia processual, prosseguir, nos próprios autos, com a execução, pelo valor reconhecido da dívida."

4.3.12.2.1. Prisão do devedor fiduciante – depositário infiel

Nos termos do § 2º do art. 1.361 do Código Civil, a constituição da propriedade fiduciária opera o desdobramento da posse, tornando-se o credor possuidor indireto e o devedor-fiduciante possuidor direto do bem objeto da garantia; o art. 1.363 atribui ao devedor-fiduciante a condição de depositário do bem, com todas as responsabilidades e encargos previstos na lei civil e penal.

Na linha dessa concepção, e como meio de possibilitar ao credor reaver o bem e satisfazer seu crédito, o art. 4º do Decreto-lei nº 911/69 prevê a ação de depósito em face do devedor-fiduciante que não estiver na posse do bem, quando for reclamada a devolução.

O art. 652 do Código Civil, por sua vez, caracteriza como depositário infiel aquele que não devolver o bem quando exigido, e compele-o a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano. Outrossim, o parágrafo único do art. 904 do Código de Processo Civil dispõe que, julgado procedente o pedido na ação de depósito, se o devedor, intimado a devolver o bem ou consignar o equivalente em dinheiro, não o fizer, o juiz decretará sua prisão civil como depositário infiel.

Desde a edição do Decreto-lei 911/69, foi pacífico o entendimento de que seria legítima a prisão civil do devedor-fiduciante. Todavia, com o advento da Constituição de 1998 surgiram divergências na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista o que dispõe seu art. 5º, inc. LVXII, pelo qual “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Em face dessa disposição constitucional, ressurgiu uma velha polêmica acerca da validade da prisão civil de depositário infiel, passando o Superior Tribunal de Justiça a pronunciar-se pela sua inconstitucionalidade, sob o argumento de que o contrato de alienação fiduciária gera uma obrigação de

garantia, que é acessória em relação à obrigação de pagar o empréstimo, este constituindo a obrigação principal. Em se tratando de obrigação principal, o depositário deve restituir a coisa, conforme convencionado; em se tratando de obrigação acessória, o depósito reforça a obrigação de cumprimento do contrato, podendo a prisão configurar uma restrição ao exercício do direito de liberdade se utilizada para que o devedor honre a dívida civil²⁴⁶. Argumentam ainda aqueles que se filiam a essa corrente que o devedor-fiduciante que descumpra a obrigação pactuada, deixando de entregar a coisa ao credor-fiduciário, não se equipara ao depositário infiel, pois o contrato de depósito, de que trata o art. 627 do Código Civil, não guarda nenhuma semelhança com o contrato de alienação fiduciária, pois, neste caso, pode haver pelo menos o pagamento parcial do preço,²⁴⁷ consistindo a cláusula de fidúcia apenas um reforço para honrar obrigação civil; e não sendo a restituição um fim em si mesma.²⁴⁸ Admitem que se houvesse depósito, esse seria depósito irregular, sujeito às regras do mútuo, sendo inviável “o retrocesso aos tempos prístinos da execução por coação corporal.”²⁴⁹ A regra do art. 1º do Decreto-lei nº 911/69 (a que correspondem a regra do § 2º do art. 1.361 e a do art. 1.363 do Código Civil) teria perdido sua vitalidade jurídica em face da nova ordem constitucional.²⁵⁰ Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado no Recurso de *Habeas Corpus* nº 5.598, publicado em 29/9/97, no DJ, p. 48.231, em que foi relator o Ministro Edson Vidigal.

246 HC nº 2.155/93, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Anselmo Santiago.

247 HC nº 2.771/94, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Anselmo Santiago.

248 HC nº 2.685/94, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

249 RESP nº 6.566/90, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

250 HC nº 3.552/95, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Vicente Leal.

Não obstante essa orientação, o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, no *Habeas Corpus* nº 72.131, firmou o entendimento de que persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, em se tratando de alienação fiduciária, reafirmando essa orientação em todos os julgados posteriores, como é o caso do *Habeas Corpus* nº 75.306-0/RJ, do qual foi relator o Ministro José Carlos Moreira Alves, cuja decisão é no sentido de que, mesmo “em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. *Habeas Corpus* indeferido.”²⁵¹

251 A matéria é objeto de ampla discussão no Judiciário, como dão conta os seguintes acórdãos: “De outra parte, sem embargo da corrente minoritária que entende inadmissível, na espécie, a aplicação do art. 904, parágrafo único, do CPC, o certo é que prepondera o entendimento da legitimidade da prisão do depositário do bem alienado fiduciariamente, a exemplo do depositário infiel. Aliás, o art. 5º, inciso LXVII, da CF de 1988 veio mais fortalecer o cabimento dessa medida ao determinar: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel” (3ª Câmara Cível Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Apelação 421.987-0, 23/4/90, AASP, 1.666:292). Nesse sentido: 2ª Turma do STF, RE nº 75.221, RTJ 04/73 – v. 64/283, Rel. Min. Xavier de Albuquerque; 2ª Turma do STF, HC nº 51.969 – SP, RTJ 08/74 – v. 69/400, Rel. Min. Bilac Pinto; 1ª Turma do STF, RHC nº 51.663 – SP, RTJ 12/74 – v. 70/651, Rel. Min. Aliomar Baleeiro; STF – Pleno, RE nº 84.779 – PR, RTJ 10/76 – v. 78/309, Rel. Min. Xavier de Albuquerque; 2ª Turma do STF, RE nº 58.184 – SP, RTJ 09/80 – v. 95/176, Rel. Décio Miranda; 2ª Turma STF, HC nº 73.058 – SP, DJ 10/5/96, ement. Vol 01827-03 PP-00550, Min. Maurício Corrêia; 1ª Turma STF, RECR nº 206.086 – SP, DJ 7/2/97, ement. Vol. 01856-12, pp 02522, Rel. Min. Ilmar Galvão; AI nº 587004805 – 5ª Câmara Cível TJRS, Rel. Des. Ruy Rosaldo de Aguiar Júnior, Julgada em 10/3/87, RJTJRS nº 122/232; 7ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de

A matéria foi objeto de detida apreciação no STF, tendo o Ministro José Carlos Moreira Alves proferido extenso voto no HC 72.131, de que foi relator, registrando que já sob a Constituição de 1934 a suprema corte enfrentara a questão da prisão civil como meio de coerção em execução, em se tratando de depositário infiel, tendo firmado entendimento no sentido da admissibilidade dessa prisão porque entendia que a Constituição a proibia com relação aos débitos em sentido estrito, ou seja, aqueles débitos em que o devedor tem que tirar do seu patrimônio para fazer face à dívida, e não no caso do depósito, em que, na verdade, a obrigação do devedor não era a de tirar nada de si, mas apenas a de manter-se fiel à confiança do depositante, no sentido de restituir uma coisa que não era dele, mas do depositante.

A questão que agora se suscita diz respeito à natureza do depósito do bem objeto de propriedade fiduciária, que é depósito necessário, argumentando-se que só seria possível a prisão civil quando se tratasse de depósito voluntário, porque só nesse caso poder-se-ia configurar a confiança por parte do depositante ao celebrar o contrato de depósito. Não obstante, há que se ponderar que no depósito necessário há a presunção legal da confiança, e nesse caso a presunção é absoluta, pois é por força de lei que se presume a confiança de quem tenha o depósito a seu favor, isto é, a confiança de que o depositário restituirá a coisa que está sob seu depósito, por força de obrigação legal.

De outra parte, ao referir-se ao Pacto de José da Costa Rica, que excepciona a prisão civil apenas para o caso de obrigação alimentar, o STF rejeita a tese segundo a qual esse Pacto teria afastado a possibilidade de prisão nas hipóteses de depositário infiel, pois há no Pacto várias outras disposições no

São Paulo, HC nº 519.368, 11/8/92, Repertório IOB de Jurisprudência 3:7955; 2ª Câmara Cível do TJRJ, Des. Sérgio Cavalieri, Ap. Civ. nº 3061/97, pub em 19/9/97, fls. 28395/28401.

sentido de se seguir o que está estabelecido nas Constituições dos Estados signatários do mencionado Tratado. Quanto a esse aspecto, importa que se tenha presente o fato de que esse Tratado ingressou no direito brasileiro como norma infraconstitucional geral, e, portanto, não tem, como tal, o poder de derrogar as normas infraconstitucionais especiais atinentes à prisão civil de depositário infiel. Nesse caso, ter-se-ia, de um lado, uma norma geral, que é a do pacto de São José da Costa Rica, e, de outro lado, normas especiais consubstanciadas na legislação pertinente à prisão civil de depositário infiel, decorrentes de depósitos convencionais ou de depósitos necessários, como é o caso de depósito em penhor, sem desapossamento, e o de alienação fiduciária, além da norma do Código de Processo Civil sobre a ação de depósito, em que se admite a prisão civil do depositário infiel.

A par de outros fundamentos, a decisão do HC 72131 sustenta-se em que seria uma inocuidade a ação de depósito sem a possibilidade de prisão civil, pois, assim, seria um meio menos eficaz do que uma ação ordinária como meio de coerção para recuperação do bem e para a satisfação do crédito, porque na ação ordinária poder-se-ia executar as perdas e danos, e na de depósito nem isso²⁵².

Não obstante, quanto às hipóteses de furto ou destruição do bem objeto da alienação fiduciária em garantia, não tem cabimento a prisão civil do depositário quando ficar comprovado que o furto ou a destruição do bem não contou com a participação comissiva ou omissiva do depositário.²⁵³

252 Nesse sentido, HC 72.131 (Plenário) e HC 75.306-0/RJ.

253 Precedentes: HC nº 61.150/RJ e RESP nº 5999/PR, relatados pelos Ministros Francisco Resek, Néri da Silveira e Eduardo Ribeiro, perante as 2ª e 1ª Turmas do STF e 3ª Turma do STJ, com arestos veiculados nas Revistas Trimestrais de Jurisprudência nºs 108/577 e 124/966 e no DJ de 27/5/91, respectivamente (HC nº 76.110, publicado em 13/2/98 no DJ p. 4, em que foi Relator o Ministro Marco Aurélio).

4.3.12.3. Ação de execução

Pode o credor-fiduciário buscar a satisfação de seu crédito por meio de execução, sendo-lhe facultado indicar à penhora tantos bens do devedor quantos bastarem para assegurar a execução, desde que não sejam aqueles objeto da garantia fiduciária, pois, nesse caso, tais bens não são do devedor, mas, sim, do próprio credor.²⁵⁴ Ressalve-se, entretanto, a possibilidade de penhora dos direitos aquisitivos do devedor-fiduciante.²⁵⁵

O parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 911/69 dispõe que “não se aplicará à alienação fiduciária o disposto nos incisos VI e VIII do art. 649 do Código de Processo Civil”, daí porque na execução decorrente de dívida em que foi contratada a alienação fiduciária, poderão ser penhorados os bens enumerados naqueles dispositivos da lei instrumental.²⁵⁶

A ação de execução poderá ser o meio adequado para a satisfação do crédito quando o bem alienado tiver sido total ou parcialmente destruído. Seu objeto, portanto, é a cobrança da dívida, podendo compreender sua totalidade, isto é, as prestações vencidas e vincendas, uma vez que, como assinala Paulo Restiffe Neto,²⁵⁷ faculta-se ao credor considerar ou não vencida antecipadamente a dívida, independentemente de interposição.

O credor-fiduciário, bem como aqueles que ficaram subrogados no crédito e na propriedade fiduciária (avalistas, fiadores e terceiros, interessados ou não-interessados), são os

254 Nesse sentido: 4ª Câmara Cível do TACIVIL do Rio Grande do Sul, 16/2/89, RT 661:167).

255 V. item 4.2.2.3.

256 Livros, máquinas, utensílios e instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão, e, bem assim, os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas.

257 RESTIFFE NETO, Paulo, Ob. cit. p. 589.

legitimados para promover a execução. Por outro lado, a execução poderá ser movida em face do devedor-fiduciante bem como de quaisquer coobrigados, sejam avalistas ou fiadores.

A execução é utilizada, em regra, quando o credor visa o patrimônio geral do devedor, desprezando a garantia fiduciária por considerá-la insuficiente para satisfação de seu crédito.

4.3.12.4. Ação monitória

Nas hipóteses em que o produto da venda do bem não seja suficiente para satisfação de todo o crédito e encargos, restará ainda um saldo devedor, já agora desprovido da garantia fiduciária.

Se a venda tiver sido feita extrajudicialmente, sem prévia avaliação e sem que o devedor tenha manifestado anuência quanto ao preço, o meio judicial próprio para cobrança do saldo é a ação monitória. É que a venda extrajudicial do bem, sem que tenha havido avaliação prévia e sem que o devedor tenha manifestado sua anuência quanto ao preço, retira a liquidez do crédito remanescente, não se reconhecendo no instrumento representativo desse crédito a característica de título executivo, circunstâncias que tornam inviável a ação de execução, restando ao credor o procedimento ordinário comum, admitindo-se o ajuizamento da ação monitória.²⁵⁸

258 "A venda extrajudicial do bem, independente de prévia avaliação e de anuência do devedor quanto ao preço, retira do eventual crédito remanescente a característica de liquidez, e do título dele representativo, em consequência, a qualidade de título executivo. Em casos tais, pelo saldo devedor somente responde pessoalmente, em processo de conhecimento, o devedor principal. Cabível, portanto, a ação monitória." (RSTJ 22/30, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito). "Apesar da venda unilateral do bem pelo credor fiduciário retirar do título executivo sua liquidez e certeza, o saldo devedor pode ser cobrado em ação monitória, dirigida contra o devedor e seu garante, presentes os requisitos do art. 1.102.a do CPC." (Turma Julgadora da 11ª Câmara do TACivil de São Paulo). "Ação de Busca e Apreensão. Bem alienado fiduciariamente. Bem apreendido e vendido extrajudicial-

4.3.12.5. Ação possessória

Dispõe o fiduciário, ainda, de ação possessória, embora de escassa utilidade, tendo em vista a eficácia da ação de busca e apreensão.

Tendo em vista que o fiduciante tem a posse direta do bem dado em garantia, e que o fiduciário é titular da posse indireta, o inadimplemento do devedor dá causa à rescisão contratual, configurando-se o esbulho possessório se o fiduciante não entregar a coisa ao proprietário-fiduciário.

4.3.13. Concordata, falência e recuperação de empresa

A garantia real constituída mediante registro do contrato de alienação fiduciária é representada pela propriedade resolúvel do bem, vale dizer, a propriedade é transmitida ao credor, mas com escopo de garantia. De outra parte, na medida em que é propriedade resolúvel do fiduciário, esse bem constitui propriedade *potencial* do devedor-fiduciante, sendo este titular de um direito eventual, também chamado *direito expectativo*, à propriedade plena do bem.

Essa peculiar situação decorrente da alienação fiduciária implica necessariamente a criação de um *patrimônio de afetação*, que tem por objeto o bem alienado fiduciariamente. Por isso, o domínio que o credor tem sobre o bem deve “durar somente até o cumprimento da condição resolutiva, *para o efeito da restituição da coisa a seu antigo dono*” (grifamos)²⁵⁹.

mente. Pretensão à execução do saldo devedor em aberto nos próprios autos da busca e apreensão. Inviabilidade. Cobrança do saldo em processo de conhecimento, admitido o ajuizamento de ação monitória. Julgada procedente a ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente e realizada a venda extrajudicial do bem, o credor só poderá executar nos próprios autos os encargos sucumbenciais. O saldo remanescente não pode ser executado na ação de busca e apreensão, devendo o credor se valer do processo de conhecimento, admitida a ação monitória.” (2º TACivil/SP, Agravo de Instrumento 806.343-0-0, rel. Juiz Manoel Calças).

259 Teixeira de Freitas, *Esboço*, art. 4.302.

Dada essa configuração, a eventual concordata de qualquer dos contratantes não provoca qualquer alteração no curso do contrato. Tratando-se de contrato com garantia real, sobre ele não incidem os efeitos da concordata, daí porque, se concordatário o devedor, continuará obrigado a pagar normalmente as parcelas de amortização, juros e demais encargos da dívida, até sua integral satisfação, exatamente nos termos em que foi contratado; de outra parte, se concordatário o credor, manter-se-á também íntegro seu direito creditório, assim como sua obrigação restitutória, pelo que faz jus ao completo recebimento das parcelas do seu crédito, até final, quando, uma vez satisfeito o crédito, operar-se-á o cancelamento de sua propriedade fiduciária, revertendo ao devedor-fiduciante a propriedade plena do bem que servia de garantia; já no caso de colocar-se em mora ou tornar-se inadimplente o devedor, estará o credor-fiduciário concordatário legitimado a promover todas as medidas legais necessárias à proteção do seu direito e ao recebimento do seu crédito.

Idêntica solução se dá na hipótese de recuperação da empresa que ocupe a posição de devedora-fiduciante, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101, de 2.8.2005, que exclui dos efeitos da recuperação os créditos garantidos por propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, vedando, entretanto, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.²⁶⁰

260 Lei nº 11.101, de 2.8.2005: "Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...) § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a

Por essa forma, o crédito do credor-fiduciário permanece afastado dos efeitos da recuperação judicial da empresa devedora, mantendo o contrato seu curso normal até a integral extinção da dívida, quando se dará o cancelamento da propriedade fiduciária; colocando-se em mora ou tornando-se inadimplente o devedor, estará o credor legitimado a adotar os procedimentos previstos na legislação especial que disciplina os meios de realização da garantia fiduciária. A exclusão de que trata esse dispositivo alcança a garantia fiduciária constituída sobre bens móveis, imóveis e, bem assim, sobre os direitos e títulos de crédito a que se refere o art. 66B da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004, devendo-se entender que a expressão “propriedade fiduciária” foi empregada pelo legislador em sentido abrangente, compreendendo não só a propriedade sobre bens corpóreos, mas, também, a titularidade fiduciária sobre direitos e sobre títulos de crédito. É que, como já visto, a constituição de garantia fiduciária, de qualquer espécie, importa na afetação do bem ou do direito objeto da garantia, de modo tal que ele permanece segregado e imune aos efeitos da insolvência tanto do credor como do devedor, com vistas ao cumprimento de sua destinação. Nesse sentido, o inciso IX do art. 119 da Lei nº 11.101, de 2.8.2005, coerentemente com as disposições específicas da legislação especial sobre as garantias fiduciárias, enuncia uma regra genérica de exclusão dos patrimônios de afetação, em geral, dos efeitos da falência, estando compreendidos nesses patrimônios especiais todas as espécies de garantia fiduciária, sejam aquelas que tenham por objeto os bens móveis ou imóveis como aquelas constituídas sobre direitos, sobre móveis ou imóveis, e títulos de crédito; para todas essas hipóteses, esse dispositivo prescreve que esses “bens, direitos e obrigações” permanecerão separados, prosseguindo o curso

retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.”

normal dos respectivos contratos até o cumprimento da finalidade da afetação, isto é, da garantia fiduciária.²⁶¹

Ocorrendo a falência do fiduciário, “deve o síndico proceder como se fora o próprio titular da propriedade resolúvel (...) a condição resolutiva vale contra os credores do fiduciário, visto que a propriedade foi transferida unicamente para o fim de garantia, não para uso ou gozo do seu titular provisório, tanto assim que se extingue.”²⁶²

Nestas condições, não se extingue a relação jurídica decorrente da alienação fiduciária, assumindo a massa falida a posição do fiduciário e mantendo-se o direito eventual do fiduciante. Assim, se o fiduciante pagar, obterá a propriedade plena do imóvel, mas, ao contrário, se o fiduciante não pagar, sujeita-se aos efeitos da mora e, portanto, poderá perder seu direito à obtenção da propriedade, hipótese em que caberão, normalmente, os procedimentos de intimação para purgação da mora e consolidação da propriedade no fiduciário, na forma da legislação pertinente, pois, com a falência, passa a massa falida do credor-fiduciário a ser a titular da propriedade resolúvel, que operará em benefício do concurso de credores.

Quanto à hipótese de falência do devedor/fiduciante, a solução está disciplinada na lei de forma explícita, assegurando ao fiduciário a restituição do bem, seja móvel ou imóvel, nos termos da legislação pertinente (art. 7º do Decreto-lei 911/69), isso porque, ao se contratar a alienação fiduciária e se constituir a propriedade fiduciária em nome do credor-fiduciário, o bem objeto do negócio é excluído do ativo do

261 Lei nº 11.101, de 2.8.2005: “Art. 119. ... IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.”

262 GOMES, Orlando, *Alienação...*, cit., p. 142.

devedor-fiduciante e, portanto, não faz parte da massa. A par da restituição, promove o credor a venda do bem para satisfação do seu crédito, entregando o saldo que eventualmente sobejar à massa falida.

Ainda na hipótese de falência do devedor-fiduciante, se em face dele tiver sido proposta ação de busca e apreensão, antes da decretação da falência, continua a ação a ter seu curso normal, com o síndico, no Juízo em que foi proposta. A questão deu origem a controvérsia, quando do advento da legislação sobre alienação fiduciária, uma corrente entendendo que se já tiver havido a apreensão antes da decretação de quebra, prossegue a ação, mas se não tiver havido a apreensão, embora ajuizada a ação antes da quebra, a ação fica prejudicada, devendo o credor-fiduciário requerer a restituição do bem no Juízo da falência, enquanto que outra corrente sustenta que a quebra não suspende o curso da busca e apreensão, que deve prosseguir no Juízo em que foi intentada, pois o crédito não se sujeita a rateio e a ação visa a coisa certa (Decreto-lei nº 7661/45, art. 24, § 2º, I e II).²⁶³ A despeito das divergências verificadas quando do advento da lei, a jurisprudência consolidou o entendimento de que, nos termos dos referidos dispositivos da antiga Lei de Falências, a ação de busca e apreensão deve prosseguir até final, com o síndico, no Juízo em que foi proposta, quer tenha sido efetivada a apreensão ou não. E assim se firmou por considerar que a propriedade fiduciária, posto que limitada pelo escopo de garantia, coloca o credor-fiduciário entre os credores por títulos não sujeitos a rateio na falência.²⁶⁴

263 ALVES, José Carlos Moreira, *Alienação...*, p. 141 e segs.

264 Nesse sentido: RE 83.198, j. 2.9.77, rel. Min. José Carlos Moreira Alves, extraindo-se do voto: "Por outro lado, a propriedade fiduciária do credor - por ser propriedade, embora limitada pelo fim de garantia - o enquadra, sem qualquer dúvida, entre os credores por títulos não sujeitos a rateio na falência. Por isso mesmo, o artigo 7º do Decreto-lei 911/69, lhe assegura, caso a falência já haja sido decretada antes que ele entre na posse

Nesse mesmo sentido, a nova legislação que disciplina a recuperação e falência do empresário e da sociedade empresária, ao dispor sobre a suspensão das ações promovidas em face do devedor, ressalva expressamente aquelas relativas aos créditos garantidos pela propriedade ou pela titularidade fiduciária (Lei 11.101/2005, art. 52, III).

4.3.14. Causas da extinção da propriedade fiduciária

A extinção da propriedade fiduciária se dá por causas análogas às da extinção do penhor, e são as seguintes:

- a) extinção da obrigação, com a conseqüente reversão da propriedade ao fiduciante;
- b) perecimento da coisa;
- c) renúncia do credor;
- d) adjudicação judicial, remissão, ou venda amigável do penhor, se o contrato permitir expressamente ou for autorizada pelo devedor ou pelo credor;
- e) *confusão* na mesma pessoa das qualidades de credor e dono da coisa;

4.4. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis

Introdução

A Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, ao disciplinar a alienação fiduciária de bens imóveis, veio suprir impor-

da coisa alienada fiduciariamente, o pedido de restituição desta, para que, posteriormente, possa vender a coisa a terceiro, e pagar-se. Se, porém - como é a hipótese dos autos, a ação de busca e apreensão já havia sido proposta antes da falência, é de aplicar-se o disposto no art. 24, § 2º, I, do Decreto-lei nº 7.661, de 1945." Ainda no mesmo sentido: do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: 7ª Câmara, RT, 657:117, 13.2.90; 1ª Câmara, RT, 679:114; do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: 6ª Câmara, 4.3.97, Ap. c/Ver. 479.023, rel. Juiz Paulo Hungria; do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: 5ª Câmara Cível, Agr. Instr. 4807/96, j. 11.3.97, rel. Des. Murilo Fabregas.

tante lacuna do sistema de garantias do direito brasileiro, dotando o ordenamento de instrumento que permite sejam as situações de mora, nos financiamentos imobiliários, recompostas em prazos compatíveis com as necessidades da economia moderna, a exemplo do que há muito se verifica no âmbito dos financiamentos de bens móveis. De fato, as garantias "existentes nos sistemas jurídicos de origem romana, e são elas a hipoteca, o penhor e a anticrese, não mais satisfazem a uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las..."²⁶⁵ Dada essa realidade, considerando que a morosidade da execução das garantias inibe a aplicação de recursos no setor imobiliário, a nova lei tem em vista criar as condições necessárias para revitalização e expansão do crédito imobiliário e, partindo do pressuposto de que o bom funcionamento do mercado, com permanente oferta de crédito, depende de mecanismos capazes de imprimir eficácia e rapidez nos processos de recomposição das situações de mora, permitiu a utilização da alienação fiduciária como garantia nos negócios imobiliários.

Presumivelmente, a aplicação da propriedade fiduciária de bens imóveis em garantia há de se fazer com mais frequência e em maior porção no mercado de produção e de comercialização de imóveis com pagamento parcelado, dado que é aí que se verifica a concessão de crédito imobiliário em maior escala. Isso não obstante, a lei que a regulamenta não tem sentido restritivo, permitindo, ao contrário, que essa propriedade especial seja constituída para garantia de quaisquer obrigações, nada importando o fato de ter sido disciplinada no contexto de uma lei na qual prepondera a regulamentação de operações típicas dos mercados imobiliário, financeiro e de capitais. São nesse sentido as disposições do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 9.514/97, pelo qual a alienação fiduciária pode ser contratada por qualquer pessoa, física ou jurídica,

265 ALVES, José Carlos Moreira, *ob. cit.*, p. 3.

não sendo privativa das entidades que operam no sistema de financiamento imobiliário, e o art. 51 da Lei nº 10.931/2004, pelo qual as obrigações em geral poderão ser garantidas por propriedade fiduciária de coisa imóvel.

Na configuração dessa nova modalidade de garantia, adota-se a concepção básica do art. 66 da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 911/69, e alguns aperfeiçoamentos, inclusive mediante adoção de princípios que norteiam a configuração da propriedade fiduciária constante no Projeto de Código Civil, que, quando da formulação do Projeto de Lei que veio a ser convertido na Lei nº 9.514/97, ainda tramitava no Congresso Nacional, e, obviamente, com as adaptações requeridas pela natureza peculiar da propriedade imobiliária, sobretudo quanto aos aspectos registrários.

A alienação fiduciária é espécie de negócio em que se utiliza a transmissão da propriedade para fins de garantia.

Tal garantia, já conhecida em nosso direito para o financiamento de bens móveis, exerce função semelhante às garantias reais imobiliárias que já integram o direito positivo, mas é dotada de mais eficácia. Como se sabe, nas garantias mais comumente utilizadas, como a hipoteca, o devedor retém o bem, apenas gravando-o para garantia de uma obrigação, enquanto *na propriedade fiduciária o devedor transmite a propriedade*, passando-a ao credor para que fique com este até que seja satisfeita a obrigação. Em suma, enquanto a hipoteca é um direito real em coisa alheia, a propriedade fiduciária é um direito real em coisa própria.

Como decorrência da contratação da alienação fiduciária, constitui-se a propriedade fiduciária, que é uma propriedade resolúvel sobre o bem objeto da garantia, isto é, na clássica definição de Clóvis Beviláqua, aquela que, no próprio título de sua constituição, encerra o princípio que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória.

Em razão da constituição da propriedade fiduciária, desdobra-se a posse, atribuindo-se a posse direta ao devedor-fiduciante e a posse indireta ao credor-fiduciário.

Para a hipótese de falta de pagamento de alguma parcela do financiamento, a lei adota um conjunto de procedimentos similares àqueles já consagrados na lei de loteamento (Lei 6.766, de 1979), atribuindo ao Oficial do competente Registro de Imóveis as diligências de notificação para purgação de mora; efetivado o pagamento pelo devedor-fiduciante, o Oficial do Registro entregará ao credor as quantias recebidas ou, não purgada a mora, certificará esse fato e promoverá os assentamentos necessários à consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário. Uma vez consolidada a propriedade, o credor deverá promover a realização de dois leilões para venda do imóvel, apropriando-se do produto da venda até o limite do seu crédito e entregando ao devedor o *quantum* que exceder à dívida, encargos e despesas. No entanto, se, no segundo leilão, não se alcançar o valor da dívida, encargos e despesas, o credor exonerará o devedor do pagamento da diferença, dando-lhe quitação da dívida.

A lei prevê a hipótese de cessão da posição contratual, tanto do credor como do devedor, com a correspondente sub-rogação, pelo que o cessionário do crédito passará a ser o proprietário fiduciário do bem, enquanto o cessionário do débito passará a ocupar a posição do fiduciante, investido do direito expectativo à obtenção da propriedade plena sobre o bem.

Assegura-se ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive aquele que vier a adquirir o imóvel em leilão, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias.

Na hipótese de insolvência do fiduciante, é assegurada ao fiduciário a restituição do bem, na forma da legislação pertinente.

4.4.1. Propriedade fiduciária e hipoteca

Exercendo a propriedade fiduciária, como garantia, função correspondente às garantias reais que já integram nosso

ordenamento, não raras vezes tem sua configuração confundida com outras modalidades de garantia utilizadas para fim semelhante, mas com elas não se confunde. Destaque-se, a propósito, a hipoteca.

Como já dito, a propriedade fiduciária não se confunde com a hipoteca, fundamentalmente, porque esta é ônus real que incide sobre coisa alheia, enquanto a propriedade fiduciária é direito próprio do credor, um direito real em coisa própria. Assim, com o registro do contrato de alienação fiduciária, o credor torna-se titular do domínio resolúvel sobre a coisa objeto da garantia, permanecendo sob seu domínio até que o devedor pague a dívida. Tal distinção implica importantes conseqüências, sendo a mais relevante delas a segregação patrimonial do bem objeto da propriedade fiduciária. De fato, por efeito da constituição da propriedade fiduciária, cria-se um patrimônio de afetação integrado pelo bem em questão, que não é atingido pelos efeitos de eventual insolvência do devedor ou do credor, não integrando, portanto, a massa falida de um ou do outro. Disso resulta que se cair em insolvência o devedor-fiduciante, o bem objeto da garantia, que foi excluído do seu patrimônio e passou a constituir um patrimônio de afetação, permanecerá separado dos bens da massa "até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento da sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer" (Lei nº 11.101/2005, art. 119, IX), assegurada ao fiduciário, se for o caso, a restituição do bem e eventualmente sua venda, aplicando a importância que aí apurar na satisfação do seu próprio crédito, sem concorrência com os demais credores (Lei nº 9.514/97, art. 32, e Lei nº 11.101/2005, art. 49, § 3º). Já se se tratar de hipoteca, vindo a falir o devedor hipotecário, o bem objeto da garantia, que permaneceu em seu patrimônio, será arrecadado pelo síndico e passará a integrar o ativo da massa, devendo o credor hipotecário concorrer com os demais credores segundo a ordem legal de preferência.

4.4.2. Conceito e caracterização

Na dinâmica delineada pela lei, o devedor (fiduciante), sendo proprietário de um imóvel, aliena-o ao credor (fiduciário) a título de garantia; a propriedade assim adquirida tem caráter resolúvel, vinculada ao pagamento da dívida, pelo que, uma vez verificado o pagamento, opera-se a automática extinção da propriedade resolúvel, com a conseqüente reversão da propriedade plena ao devedor-fiduciante, enquanto, ao contrário, se verificado o inadimplemento contratual do devedor-fiduciante, opera-se a consolidação da propriedade plena em nome do credor-fiduciário.²⁶⁶

Na medida em que o devedor transfere a propriedade do imóvel ao credor, até que a dívida seja paga, resulta claro que essa modalidade de alienação caracteriza-se pela temporariedade e pela transitoriedade; o credor adquire o imóvel não com o propósito de mantê-lo como sua propriedade, em caráter perpétuo e exclusivo, mas com a finalidade de garantir-se, mantendo-o sob seu domínio até que o devedor-fiduciante pague a dívida, e somente até aí.

Sendo propriedade resolúvel, a propriedade fiduciária tem como traço característico o fato de estar prevista sua extinção no próprio título em que é convencionada sua constituição. Subordina-se a propriedade fiduciária, assim, à condição decorrente da sua finalidade de garantia, daí porque, realizada a condição (pelo pagamento da dívida), reverte em definitivo a propriedade ao devedor-fiduciante, ou, frustrada a condição (pelo inadimplemento do fiduciante), consolida-se a propriedade em nome do credor-fiduciário.

É a propriedade fiduciária (resolúvel) uma espécie de domínio que, “por virtude do título de sua constituição, é revogável ou resolúvel, fenômeno este que ocorre quando a causa

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

da aquisição do domínio encerra em si um princípio ou condição resolutiva do mesmo domínio."²⁶⁷

Dada a configuração peculiar da propriedade fiduciária, o credor tem poder limitado sobre o bem que recebeu com essa condição, podendo até transferir sua propriedade, mas somente podendo fazê-lo como consequência da cessão de sua posição de credor; de fato, sendo a propriedade fiduciária um direito acessório, a eventual cessão do crédito, que é garantido pela propriedade fiduciária, opera a automática transmissão dessa propriedade, com todas as restrições que lhe são impostas pelo caráter fiduciário.

Considerando que a propriedade fiduciária é constituída precipuamente para o fim de garantir o cumprimento de uma obrigação, perdurará somente enquanto perdurar o escopo para o qual foi constituída, e, nesse interregno, coloca o bem fiduciado fora do alcance dos demais credores do devedor-fiduciante. Igualmente, estará aquele bem, enquanto propriedade resolúvel do fiduciário, fora do alcance dos credores deste, só podendo vir a ser objeto de excussão por dívida do fiduciário se a propriedade vier a ser consolidada na pessoa deste.

A propriedade fiduciária difere dos direitos reais limitados de garantia, quais sejam o penhor, a anticrese e a hipoteca, porque nestes o titular da garantia tem um direito real *na coisa alheia*, enquanto que na propriedade fiduciária o titular da garantia é titular de direito de propriedade, embora limitado pelo caráter fiduciário.

Dentre as limitações que sofre o poder do fiduciário está o da possibilidade de constituição de direitos reais sobre o imóvel havido em caráter fiduciário, mas limitado ao advento do termo ou ao implemento da condição. É que, nos termos do art. 1.359 do Código Civil, "resolvida a propriedade (...),

267 PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Coisas*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, vol. I, p. 113.

entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência.”

A lei prevê que a propriedade fiduciária se constitui “mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título” (Lei nº 9.514/97, art. 23), deixando claro que a garantia real é o domínio fiduciário constituído por aquele registro. Efetivamente, é requisito essencial para a constituição da propriedade fiduciária o registro do contrato de alienação fiduciária no Registro de Imóveis competente, dado que nosso sistema de transmissão imobiliária adota o registro como modo de aquisição da propriedade.

O mesmo art. 23 da Lei prevê, ainda, o desdobramento da posse sobre o imóvel, “tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto...”.

Investido na posse direta do imóvel, o devedor-fiduciante poderá usá-lo, exercendo todos os direitos de legítimo possuidor, enquanto adimplente (art. 24, V). Em contrapartida, imputa-se a ele, devedor-fiduciante, a responsabilidade pela conservação do imóvel, pelo pagamento de todos os impostos, taxas e demais encargos, notadamente as contribuições condominiais (Lei nº 9.514/97, art. 27, § 8º), inclusive a responsabilidade civil.

4.4.3. Elementos

4.4.3.1. Sujeitos

Considerando-se a situação mais comum em que se utiliza a alienação fiduciária, ou seja, para constituição de garantia de financiamento, hão de figurar como sujeitos do contrato de alienação fiduciária o *devedor-fiduciante*, proprietário do bem imóvel a ser transmitido em garantia, e o *credor-fiduciário*, aquele que tem um crédito contra o devedor-fiduciante e, em garantia do pagamento, receberá a propriedade fiduciária do imóvel.

Segundo os princípios gerais, devem ambas as partes ter capacidade para contratar, notadamente para dispor de seus bens, pois esse contrato encerra a transmissão da propriedade de um imóvel do devedor-fiduciante para o credor-fiduciário e, subseqüentemente, a reversão da propriedade para o fiduciante, se realizada a condição, ou sua transmissão do fiduciário para terceiro (neste último caso, se se frustrar a condição a que está subordinado o negócio, a propriedade se consolida no fiduciário e este deve promover dois leilões para venda do imóvel a terceiro, para satisfação do seu crédito). Importa, portanto, que ambos os contratantes tenham capacidade para alienar.

Quanto à legitimidade, a Lei 9.514/97 autoriza a contratação da alienação fiduciária de maneira generalizada, atribuindo legitimidade para contratação dessa alienação a qualquer pessoa, quer física, quer jurídica, sem qualquer restrição.²⁶⁸ Com a generalização, o legislador deixa clara sua intenção de dotar o setor imobiliário, em toda a sua amplitude, de importante instrumento de dinamização de suas atividades, sobretudo mediante funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários.

E não poderia ser de outra forma, pois o funcionamento de um *mercado secundário* de créditos imobiliários se faz, necessariamente, mediante uma dinâmica pela qual os créditos imobiliários, em geral, gerados por qualquer pessoa física ou jurídica, que produza ou comercialize imóveis, bem como pelos que emprestem dinheiro, possam circular no mercado. Ora, sendo esse o propósito da lei, é evidente que, para ser *descontável* no mercado, mediante cessão, o crédito deverá

268 Lei nº 9.514/97 – “Art. 22. ... Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do *laudêmio*, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário. (Redação dada pela Lei nº 11.076, de 2004)

estar constituído de acordo com determinado padrão, válido para todos os níveis em que se desenvolvem as operações do mercado, notadamente com as garantias nele utilizadas. Observe-se que, ainda com esse mesmo propósito de viabilizar o funcionamento do mercado secundário, a Lei 9.514/97 também autorizou a que em qualquer operação de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, sejam aplicadas todas as demais condições permitidas para as entidades que operem no sistema de financiamento imobiliário, como, por exemplo, a contratação de seguros, a capitalização de juros e os critérios e índices de reajuste monetário, entre outras. Visa a lei, assim, que o mercado harmonize suas linhas de operação, de forma a viabilizar a constituição de créditos homogêneos, e por isso suscetíveis de circular com mais facilidade, sem obstáculos no mercado, ensejando a captação de recursos em larga escala para esse setor da produção.

Importa notar que, pelas mesmas razões, esse tipo de padronização encontra precedente na legislação que disciplinou a atuação do extinto Banco Nacional da Habitação, de que é exemplo o Decreto-lei nº 70, de 1966, que prevê que nas hipotecas constituídas fora do sistema financeiro da habitação serão utilizados os mesmos critérios de correção monetária aplicáveis ao aludido sistema, isso com o intuito de uniformizar as operações e viabilizar o *desconto* dos créditos junto ao extinto BNH.

Admite-se que a aplicação mais freqüente da alienação fiduciária de bens imóveis ocorra no mercado das incorporações imobiliárias, seja mediante operação em que figurem somente o incorporador e o adquirente, seja mediante operação em que figurem a financiadora, o incorporador e o adquirente.

Em ambas as hipóteses podem os contratos ser celebrados em um único instrumento.

Na primeira hipótese, figurariam como partes somente o incorporador e o adquirente, que celebrariam, fundamentalmente, dois contratos coligados. É o caso da operação pela

qual o incorporador vende um imóvel ao adquirente, concedendo-lhe financiamento para pagamento parcelado, hipótese em que, em garantia da dívida, o adquirente-devedor aliena fiduciariamente ao incorporador o imóvel que acabou de adquirir; nessa hipótese, formalizam-se contratos de compra e venda, financiamento e alienação fiduciária, sendo *vendedor* e *credor-fiduciário* o incorporador e *comprador* e *devedor-fiduciante* o adquirente do imóvel.

Na segunda hipótese, figurariam como partes do conjunto de contratos a financiadora, o incorporador e o adquirente; *financiadora* e *credora-fiduciária* há de ser a instituição financeira que fornecerá os recursos ao adquirente, para que este adquira o imóvel; *incorporador (vendedor)* há de ser o titular do empreendimento imobiliário em que se situa o imóvel objeto da venda, que celebrará um contrato de compra e venda com o adquirente; e, finalmente, *adquirente* e *devedor-fiduciante* há de ser aquele que obtém financiamento para adquirir um imóvel, adquire-o e, a seguir, para garantia da dívida decorrente do financiamento, aliena-o fiduciariamente à financiadora. Na dinâmica desse tipo de operação, a financiadora celebrará com o adquirente dois contratos: primeiro o de financiamento e depois o de alienação fiduciária; o contrato de financiamento está no nascedouro desse conjunto de operações, que obedecerá invariavelmente a seguinte seqüência: (1º) *financiamento* (origem dos recursos para a compra), (2º) *compra e venda* (pagamento com os recursos do financiamento) e (3º) *alienação fiduciária* (transmissão da propriedade do imóvel recém-adquirido, para fins de garantia do financiamento). O adquirente será, num primeiro momento, o tomador do financiamento e, conseqüentemente, *devedor*; num segundo momento, será o adquirente propriamente (quando contrata a aquisição com o incorporador-vendedor); e num terceiro momento (depois de já ter adquirido o imóvel) será *devedor-fiduciante*, quando, tendo reconhecido a dívida, transmitirá à financiadora a propriedade fiduciária do imóvel que adquirira, em garantia do pagamento da dívida;

assim, figurará ele no conjunto de contratos na posição de (1º) devedor, (2º) adquirente e (3º) devedor-fiduciante.

Não obstante seja esse esquema o mais comum, admitem-se quaisquer outras operações em que se possa transmitir a propriedade de coisa imóvel para garantia de qualquer operação de crédito, e não somente para garantia do financiamento utilizado na aquisição do imóvel, tal como soe acontecer, por exemplo, com um empréstimo comum com garantia hipotecária. Nesta hipótese, o conjunto de contratos de empréstimo e de alienação fiduciária terá somente duas partes: o devedor e o credor, pois aquele estará alienando fiduciariamente um imóvel que já era de sua propriedade ao tempo em que estiver tomando o empréstimo. É ainda de se admitir a possibilidade de alienação fiduciária efetivada por terceiro, alheio à operação principal de empréstimo, como nas hipóteses em geral de prestação de garantia por terceiro.

4.4.3.2. Objeto

O objeto da alienação fiduciária de que trata a Lei nº 9.514/97 é a *coisa imóvel* (art. 22) compreendendo “o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente” (Código Civil, art. 79).²⁶⁹

É suscetível de alienação fiduciária todo e qualquer imóvel passível de alienação plena, isto é, que não esteja fora do comércio.

269 A redação do parágrafo único do art. 22, ora vigente, foi introduzida pela Lei nº 11.076/2004. A versão original desse dispositivo explicitava “podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção.” A explicitação, além de desnecessária, é tecnicamente incorreta. Ora, “são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente” (Código Civil, art. 79; Código Civil de 1916, art. 43), daí porque, ao indicar como objeto da transmissão fiduciária a *coisa imóvel*, o *caput* do art. 22 da Lei 9.514/97 já está especificando que podem ser objeto de alienação fiduciária tanto o *terreno* como as *acessões que sobre ele forem erigidas*, sendo perfeitamente dispensável a *explicitação* “imóvel concluído ou em construção” contida na redação original do parágrafo único do art. 22.

É de se admitir a alienação fiduciária de imóvel gravado, mas tal faculdade talvez não tenha larga aplicação prática, pois o gravame poderá restringir os efeitos de garantia pretendidos pelo credor.

O imóvel enfiteútico também pode ser objeto de alienação fiduciária, não havendo necessidade de anuência do senhorio porque a transmissão se faz somente em caráter fiduciário. Para constituição da propriedade fiduciária não é exigível o pagamento do laudêmio, pois essa transmissão é efetivada apenas com escopo de garantia; será, entretanto, devido o laudêmio se e quando vier a ser consolidada a propriedade no credor, pois aí se opera a transmissão da propriedade plena.

Na medida em que visa, preponderantemente, a expansão do crédito imobiliário, em geral, a lei admite a alienação fiduciária do terreno ou de frações ideais do terreno, possibilitando a larga aplicação nas incorporações imobiliárias, nas quais o contrato de alienação fiduciária terá como objeto a fração ideal do terreno objeto do financiamento e as acessões que sobre ela vierem a ser erigidas. É nesse campo que a alienação fiduciária deve ter ampla aplicação, pois é o mercado da construção civil que deve gerar o maior volume dos créditos passíveis de securitização no mercado secundário de créditos imobiliários. Por isso mesmo, a alienação fiduciária de bem imóvel é autorizada de modo generalizado, com o propósito de viabilizar a constituição de créditos com padrões capazes de propiciar sua negociação no mercado secundário, o que não se alcançaria se sua aplicação fosse restrita às instituições financeiras, e, bem assim, possibilitar o uso de mecanismos mais eficazes para garantia das obrigações em geral, envolvendo quaisquer pessoas físicas ou jurídicas.

4.4.3.3. Forma

A Lei 9.514/97 (art. 24) dispõe sobre os requisitos do contrato, determinando explicitamente quais as cláusulas essenciais que deverão ser enunciadas no instrumento, a saber:

- I — o valor do principal da dívida;
- II — o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito fiduciário;
- III — a taxa de juros e os encargos incidentes;
- IV — a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
- V — a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
- VII — a cláusula dispondo sobre procedimentos de que trata o art. 27, isto é, os procedimentos do eventual leilão do imóvel alienado fiduciariamente.

Considerada a hipótese mais comum – financiamento, compra e venda e alienação fiduciária – tendo como objeto um imóvel já individualizado, com construção averbada no Registro de Imóveis, a operação imobiliária com alienação fiduciária poderá ter estrutura semelhante ao exemplo que se enuncia a seguir.

Estamos nos referindo a uma operação de *financiamento, compra e venda e pacto adjeto de alienação fiduciária*.

Nesse negócio jurídico, deverão figurar como partes o vendedor, em geral o incorporador, o comprador e a financiadora, que será a entidade financeira autorizada a operar no SFI, inicialmente como *credora* e como *mutuante* e, posteriormente como proprietária fiduciária em decorrência da alienação fiduciária em garantia.

Do instrumento deverá constar a descrição do imóvel objeto do negócio, bem como a indicação da forma de sua aquisição pelo devedor-fiduciante e o modo de aquisição, incluindo o número do registro.

Para efeito de venda em leilão público, no caso de inadimplemento do devedor-fiduciante, indicar-se-á o valor do imóvel e os critérios para sua revisão (observe-se que o dispositivo refere-se a *critérios de revisão* do valor, e não de *reajuste*). Não é necessário que o valor do imóvel coincida com o preço de venda, embora seja esse o valor usualmente indicado para

esse fim. É essencial a fixação desse valor do lance mínimo no primeiro leilão.

Dentre outras cláusulas, vale destacar a que firma o pacto de alienação do imóvel ao credor, em caráter fiduciário para garantia do financiamento; a relativa à reposição da garantia em caso de deterioração ou diminuição da garantia prestada; a que se refere ao desdobramento da posse entre o comprador, fiduciante, detentor da posse direta, e o credor, fiduciário, detentor da posse indireta, assegurando ao primeiro sua permanência no imóvel, bem como a livre utilização do mesmo, por sua conta e risco, enquanto adimplente; as obrigações de zelo e guarda do fiduciante, além do seu direito de transmissão dos direitos relativos ao contrato; e, ainda, a cláusula dispondo sobre os procedimentos para realização do leilão.

O § 2º do art. 26 da Lei nº 9.514/97 estabelece que o contrato definirá o prazo de carência a ser observado antes que seja expedida a intimação para purgação da mora, sem o decurso do qual o fiduciante não poderá ser constituído em mora.

Os atos e contratos referidos na Lei nº 9.514/97, bem como aqueles resultantes da sua aplicação, poderão ser formalizados por instrumento particular.²⁷⁰

A lei na faz restrição alguma quanto às modalidades de contrato passíveis de ser formalizados mediante instrumento particular, mas generaliza, estendendo essa forma a todos “os atos e contratos referidos nesta lei ou resultantes de sua aplicação.” Assim, quando resultantes da referida lei, podem ser celebrados por instrumento particular a compra e venda, a

270 “Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.” (Redação dada pela Lei nº 11.076, de 2004. Na redação original, essa disposição era restritiva quanto ao sujeito do contrato, só facultando a contratação mediante instrumento particular quando o beneficiário final da operação fosse pessoa física).

promessa de venda, a hipoteca, a caução de direitos aquisitivos, a cessão fiduciária, a alienação fiduciária, enfim, os atos e contratos relacionados à comercialização de imóveis e à constituição de garantias imobiliárias previstas na Lei 9.514/97 ou resultantes dela.

Com efeito, as modalidades de contrato passíveis de vincular-se ao crédito imobiliário constituem uma vasta gama de contratos nominados e de outros que poderão vir a ser tipificados no direito positivo. Assim, não seria conveniente a enumeração dos contratos passíveis de vinculação ao crédito imobiliário, pois, se os especificasse, poderia a lei deixar de contemplar uma ou outra modalidade. De outra parte, a expressão *atos e contratos resultantes da sua aplicação* indica clara generalização, significando que são passíveis de ser formalizados mediante instrumento particular não só os “atos referidos nesta lei,” mas, também, os atos que não são nela referidos mas que sejam resultantes da sua aplicação. Ora, uma compra e venda que se concretiza com recursos de financiamento concedido nas condições da Lei 9.514/97 é, obviamente, um *contrato resultante da aplicação da aludida Lei 9.514/97*, daí porque tal compra e venda pode ser celebrada por instrumento particular. Do mesmo modo, a compra e venda decorrente do leilão poderá ser celebrada por instrumento particular. Anote-se, ademais, que tais operações — o financiamento, a compra e venda e a alienação fiduciária, ou o empréstimo com pacto adjeto de alienação fiduciária — são inequivocamente vinculadas, nenhuma delas tendo vida autônoma, mas todas dependentes umas das outras; trata-se de contratos coligados, já que se não houver financiamento não haverá a compra e venda e se não houver esta não haverá a alienação fiduciária, pois todas essas operações têm como objeto a compra e venda com financiamento e alienação fiduciária. Portanto, a compra e venda, desde que com financiamento nas condições do sistema de financiamento imobiliário, é resultante da aplicação da Lei 9.514/97 e, conseqüentemente, pode ser formalizada por instrumento particular.

4.4.4. Condições essenciais de operação

O art. 24 da Lei nº 9.514/97, que dispõe sobre os requisitos essenciais do contrato, remete-nos ao art. 5º, que, por sua vez, estabelece determinadas condições essenciais para a consecução da finalidade última da lei; essa finalidade é a circulação do crédito imobiliário, sem obstáculos.

Para esse fim, a lei conferiu tratamento homogêneo às operações do mercado imobiliário, estabelecendo as condições operacionais básicas do SFI, nos incisos I a IV do art. 5º, e estendendo esse padrão operacional a quem quer que comercialize imóveis a prazo, no § 2º do mesmo art. 5º. Com essa equiparação, essas condições passaram a ser comuns a todos os participantes do mercado. Mas, além disso, os arts. 17, 22 e seus parágrafos estendem igualmente a qualquer pessoa, física ou jurídica, a concessão de mútuo com garantia de alienação fiduciária de bens imóveis.

A lógica é elementar: considerando que, além de introduzir novas garantias no sistema, o propósito imediato da lei é criar as condições para funcionamento de um mercado secundário, no qual quem quer que seja titular de um crédito imobiliário possa descontá-lo, mediante cessão a uma companhia securitizadora, para que esta o faça circular no mercado financeiro, sob a forma de títulos, então o crédito deve estar constituído conforme padrão assimilável por essas companhias e pelas instituições do mercado financeiro, donde, obviamente, as condições creditícias devem ser comuns a todas as partes envolvidas, isto é, o vendedor, a companhia securitizadora e eventualmente uma entidade financeira.

Desta forma, visando impulsionar o novo sistema de financiamento, o legislador indicou como paradigma da padronização operacional do mercado imobiliário condições de operacionalização já existentes e vinculadas ao mercado financeiro. São elas as dos incisos I a IV, a saber: (1º) o reajuste monetário, (2º) a livre pactuação dos juros, (3º) a capitalização dos juros e (4º) a contratação de seguros obrigatórios.

As condições concernentes aos juros e aos seguros obrigatórios poderão ser objeto de padronização emanada do Conselho Monetário Nacional e da Superintendência dos Seguros Privados, enquanto o reajuste monetário é objeto de legislação ordinária, ora geral, como é o caso das obrigações pecuniárias em geral, ora especial, como é o caso das operações do mercado financeiro, de seguros, de previdência privada e de capitalização de futuros.

As entidades autorizadas a operar no SFI, definidas no art. 2º, são as caixas econômicas e outras instituições que captam recursos mediante depósitos de poupança, além de outros instrumentos, e reajustam os saldos dessas contas mensalmente com base na variação da taxa referencial de juros apurada no mercado financeiro, abreviadamente TR; na contrapartida, ao aplicar esses recursos, tais entidades reajustam os saldos dos financiamentos também mensalmente, com base no mesmo índice de reajuste dos depósitos que acolhem, isto é, a mesma taxa referencial de juros — TR mensal.

Ao permitir a contratação dos financiamentos imobiliários, em geral, mediante as mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI, a Lei 9.514/97 estendeu a todas as categorias de empresas do mercado imobiliário a legitimação para pactuar as condições essenciais de reajuste, juros e seguros definidas nos incisos I a IV do art. 5º, e, sendo certo que aquelas entidades do SFI reajustam seus créditos com base na TR, resulta claro que as operações imobiliárias podem ser reajustadas com base na TR mensal.

Vista a questão sob a perspectiva da securitização, é ainda mais nítida a necessidade de homogeneidade das condições operacionais, inclusive com a padronização das garantias, como está explícito nos arts. 17 e 22 e seus parágrafos dessa mesma lei.

Com efeito, diante do esgotamento das fontes de recursos para o financiamento do setor imobiliário, em geral, e para o financiamento habitacional, em particular, a Lei nº 9.514/97 visou criar novas fontes de recursos e, para tal fim, lançou as

bases para funcionamento de um mercado secundário de créditos imobiliários no qual o produtor possa descontar seus créditos, obtendo antecipação de receitas visando a manutenção e a aceleração da sua atividade produtiva. Para isso, é indispensável que os créditos do produtor se revistam de condições operacionais compatíveis com aquelas utilizadas nos mercados financeiro e de valores mobiliários, daí porque o § 2º do art. 5º criou condições operacionais comuns a todos os protagonistas do mercado, desde o produtor até o investidor, pois, caso assim não fosse, os créditos não seriam acessíveis a todos os mercados e, conseqüentemente, não se lograria a circulação dos créditos e a almejada captação de recursos para o setor produtivo.

Logo após a promulgação da Lei nº 9.514/97, suscitou-se controvérsia quanto à necessidade de homogeneidade de índices e critérios de atualização monetária, tendo em vista que o art. 36, incluído nas suas disposições gerais, continha preceito que tratava também da atualização monetária dos financiamentos imobiliários, dispondo que, respeitada a legislação pertinente, admitir-se-ia estipulação de cláusula de reajuste e das condições e critérios de sua aplicação.

A controvérsia não tinha como prosperar, pois o sentido válido e lógico da lei é a homogeneidade de tratamento para todos os créditos imobiliários, para que possam circular sem obstáculos, pois o contrário, a heterogeneidade de tratamento, tornaria inviável a livre circulação dos créditos e, portanto, anularia e faria perecer o objeto da lei (que, nesse aspecto, é a circulação dos créditos).

Assim, vista a questão sob a perspectiva teleológica, haveriam de prevalecer para os financiamentos imobiliários em geral as condições previstas no art. 5º e seus parágrafos, pois estas é que, sendo comuns a todos os participantes dos mercados, estão aptas a perpassar homogeneamente por todo o circuito do mercado, viabilizando o funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários, aplicando-se o art. 36 so-

mente nos reajustes dos títulos de crédito de que tratam os arts. 6º, 7º e 8º.

Para pôr fim a essa controvérsia, a Lei nº 10.931/2004, no seu art. 46, deixa claro que os contratos de comercialização de imóveis em geral, com prazo mínimo de 36 meses, bem como os títulos e valores mobiliários deles oriundos, podem ter como referencial de atualização monetária índices setoriais ou gerais, bem como o índice específico de atualização básica dos depósitos de poupança, possibilitando, assim, a padronização do critério de atualização monetária em todo o circuito do crédito, desde sua origem, com a compra e venda do imóvel, até sua extinção, com o resgate do título lastreado naquele crédito.

A propósito, vale a pena registrar que, quando da tramitação, na Câmara, do Projeto de Lei nº 3242, que deu origem à Lei nº 9.514/97, a questão foi objeto de intenso debate, pois o projeto originário do Poder Executivo não previa com clareza a homogeneidade de condições operacionais. Por isso, algumas emendas foram apresentadas no sentido de se autorizar os protagonistas do mercado imobiliário, em geral, a operarem com as mesmas condições em que o mercado secundário houvesse de adquirir os créditos gerados na compra e venda de imóveis. Entre essas emendas está a de nº 25, do Deputado Luiz Roberto Ponte, acolhida, com adaptação da redação, pelo autor do Substitutivo que deu origem à lei, Deputado José Chaves. A justificativa do Relator é por si só esclarecedora do sentido e alcance da regra contida no § 2º do art. 5º da Lei 9.514/97: "A emenda vem suprir importante lacuna no projeto. Com efeito, para que o mercado imobiliário possa gerar créditos passíveis de serem adquiridos pelas instituições autorizadas a operar no SFI, é essencial que as condições dessas operações sejam aquelas aplicáveis às mencionadas instituições, pois, do contrário, esses créditos não seriam transferíveis para elas e não seriam assimiláveis pelo mercado secundário, por via da securitização. Ressalte-se, a propósito, situação análoga que ocorria no antigo SFH: o ordenamento perti-

nente, com o propósito de viabilizar a criação de um mercado de créditos, previa que “nas hipotecas não vinculadas ao SFH, a correção monetária da dívida obedecerá ao que for disposto para o SFH”. (Decreto-lei 70/66, art. 9º, § 1º). É necessário, pois, que as condições de contratação tenham absoluta uniformidade, em todo o percurso pelo qual transitem os créditos, desde o pequeno construtor até a companhia securitizadora, passando pelas instituições autorizadas a operar no SFI. **Entendemos, entretanto**, que o acolhimento da emenda implica ajuste na sua redação nos termos do Substitutivo.”²⁷¹

A questão foi, enfim, pacificada nos termos do art. 46 da Lei nº 10.931/2004, que deixa clara a possibilidade de padronização das condições de atualização monetária para contratos com prazo mínimo de 36 meses.

A padronização dos negócios imobiliários, entretanto, não se restringe apenas às suas condições operacionais, previstas no art. 5º da Lei do SFI e no art. 46 da Lei nº 10.931/2004, mas vão além, e estão contempladas também nos seus arts. 17 e 22 da Lei nº 9.514/97, que dizem respeito às garantias utilizáveis no mercado e especificamente à garantia fiduciária.

De fato, as mesmas razões que justificam a necessidade de homogeneização das condições de reajuste monetário, juros e seguros, prevista no art. 5º, são as que justificam a homogeneização das garantias do crédito e, assim, para tornar possível a aquisição do crédito por uma instituição financeira ou por companhia securitizadora, deverá ele estar garantido por algum dos direitos reais previstos na lei, isto é, a hipoteca, a caução, a titularidade fiduciária de créditos ou a propriedade fiduciária de bem imóvel.

Assim, da mesma forma que o § 2º do art. 5º estende a qualquer pessoa, física ou jurídica, a legitimidade para adotar as condições operacionais a que estão autorizadas as institui-

271 *Parecer final do Relator do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3242/97, p. 697.*

ções do SFI, também o parágrafo único art. 22 da Lei nº 9.514/97 permite a contratação da alienação fiduciária por qualquer pessoa, quer física, quer jurídica, não a restringindo às entidades que operam no Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI).

4.4.5. Posição jurídica do+ fiduciante e do fiduciário²⁷²

Ao ser registrado o contrato de alienação fiduciária, considera-se transmitida a propriedade ao credor-fiduciário e, por esse meio, o devedor-fiduciante demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência desse registro, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor-fiduciante é investido da qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e poderá tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal.

Tem, assim, o devedor-fiduciante uma pretensão restitutória, que constitui uma expectativa real, subordinada, entretanto, ao implemento da condição.

Na concepção da Lei nº 9.514/97, o fiduciante é investido na posse direta do imóvel (parágrafo único do art. 23), assumindo-a por sua inteira conta e risco, daí porque é responsável por todos os impostos, taxas e contribuições que incidem sobre o imóvel, notadamente o imposto predial e as contribuições condominiais, e é civilmente responsável pela correta utilização do imóvel perante terceiros e poderes públicos, devendo indenizar qualquer prejuízo ou dano, material ou pessoal, a que der causa, além de estar obrigado a conservar e manter o imóvel (art. 24, IV).

272 V. Introdução do Capítulo IV — *Principais figuras de natureza fiduciária no direito brasileiro.*

É obrigação do fiduciante pagar a dívida com todos os seus encargos, enquanto o fiduciário tem o dever de promover a reversão do imóvel para a propriedade plena do fiduciante, assim que satisfeito seu crédito.

Recebendo a totalidade do seu crédito e encargos, o fiduciário é obrigado a fornecer ao fiduciante o *termo de quitação*, que constituirá documento hábil para que este promova a reversão da propriedade plena para seu nome. Na hipótese de recusa ou de delonga por mais de trinta dias, ficará o fiduciário (a) sujeito à ação do fiduciante, em que este pleiteará o cumprimento da obrigação de outorgar o *termo de quitação*, e (b) sujeito à multa correspondente a meio por cento por mês ou fração, sobre o valor do contrato.

O fiduciante, enquanto adimplente, tem todos os direitos inerentes à posse direta, podendo protegê-la contra quem quer que a ameace ou turbe, inclusive contra o fiduciário.

Todavia, em caso de falta de pagamento de prestações por parte do devedor-fiduciante, o fiduciário, depois de expirado o prazo de carência, intimá-lo-á para purgar a mora, no prazo de quinze dias, por intermédio do Oficial do competente Registro de Imóveis, adotando-se todos os procedimentos para intimação e purgação junto a esse mesmo Registro de Imóveis.

Tem o fiduciante o direito de purgar a mora, sem qualquer limitação, mas, deixando de efetivar o pagamento no prazo da intimação, considera-se de pleno direito frustrada a condição resolutiva, ensejando a que o fiduciário recolha o imposto de transmissão *inter vivos* e, se enfiteutico o imóvel, o laudêmio, e providencie, no competente Registro de Imóveis, a consolidação da propriedade em seu nome, após o que estará autorizado a requerer, judicialmente, contra o fiduciante ou eventuais ocupantes do imóvel, a reintegração de posse.

É obrigação do fiduciário, depois de vender o imóvel em público leilão, entregar ao fiduciante a quantia que exceder o valor da dívida e encargos.

4.4.6. Cessão da posição contratual

Está prevista a cessão da posição contratual, tanto por parte do credor-fiduciário, como por parte do devedor-fiduciante, hipóteses em que o cessionário é sub-rogado nos direitos e obrigações do contrato de alienação fiduciária (arts. 28 e 29).

4.4.6.1. Cessão da posição do fiduciário²⁷³

Dispõe o art. 28 que a cessão do crédito implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia, reproduzindo o princípio segundo o qual o acessório segue o principal. A cessão do crédito para novo credor implica a transferência para este da garantia desse crédito, que é a propriedade fiduciária²⁷⁴.

A cessão do crédito opera, obviamente, a substituição do credor originário da relação contratual, passando o cessionário a ocupar sua posição, integralmente sub-rogado nos direitos daquele.

Na cessão da posição do fiduciário, merece destaque sua peculiar titularidade sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária.

Com efeito, na contratação da alienação fiduciária, o fiduciário torna-se titular da propriedade, não na plenitude das suas faculdades, mas sob condição resolutiva, tornando-se proprietário fiduciário.

Efetivada a cessão e averbada no Registro de Imóveis, o cessionário passa a ser o titular da propriedade fiduciária, portanto, com todos os direitos e obrigações inerentes a essa po-

273 V. também a introdução do Capítulo IV, sobre a posição jurídica do fiduciário.

274 Código Civil: "Art. 287. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios."

sição, notadamente, de uma parte, o de receber o crédito e acessórios e, além disso, o de restituir a propriedade plena ao fiduciante, uma vez paga a dívida.

A averbação da cessão é indispensável, não só para validade contra terceiros, mas também perante o fiduciante, pois deve estar o fiduciário formalmente investido dos seus direitos para legitimar-se aos procedimentos de cobrança, constituição do fiduciante em mora, consolidação da propriedade em seu nome e implementação da ação de reintegração de posse.

Por efeito da cessão da posição do fiduciário, o cedente exonera-se de todas as suas obrigações, salvo se, no contrato de cessão, tiverem as partes convencionado que o cedente responda pela solvência do devedor, nos termos do art. 296 do Código Civil.²⁷⁵

Igualmente, assume a posição do fiduciário o fiador ou o terceiro interessado que pague a dívida, pois, nos termos do art. 31, este sub-roga-se de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária, podendo exercer todos os direitos inerentes à figura do fiduciário, estando sujeito, na contrapartida, a todas as obrigações a este imputáveis.

Tendo em vista a necessidade de simplificação e celeridade nos negócios de cessão de crédito para funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários, a lei dispensa a notificação do devedor nas cessões de crédito a que alude (art. 35), excepcionando a regra do art. 290 do Código Civil.²⁷⁶ No mesmo sentido, permite-se que o crédito seja representado por Cédula de Crédito Imobiliário, caso em que a cessão se faz mediante endosso na própria cédula, se cartular, ou, se a Cédula for escritural, mediante registro da operação

275 "Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor."

276 "Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita."

em sistemas de registro e liquidação financeira de títulos privados autorizados pelo Banco Central do Brasil.

A cessão da posição do fiduciário não constitui hipótese de incidência de imposto de transmissão *inter vivos*, porque não configura nenhuma das hipóteses do art. 156, II, da Constituição Federal.²⁷⁷ No caso, tem-se apenas uma cessão de crédito, acompanhada da transmissão da garantia representada pela propriedade fiduciária, estando explicitamente excepcionada pela Constituição a transmissão dos *direitos reais de garantia*. Obviamente, se verificado o inadimplemento do fiduciante que justifique a consolidação da propriedade no fiduciário, nesse caso estará ele adquirindo a propriedade, configurando-se, só nessa hipótese, a *transmissão (...) de bens imóveis* de que trata o art. 156, II, da Constituição.

4.4.6.2. Cessão da posição do fiduciante²⁷⁸

Na dinâmica do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, torna-se o alienante-fiduciante titular de um direito sob condição suspensiva, que se consubstancia “numa expectativa real que encerra, condicionalmente, uma pretensão resolutória.”²⁷⁹

A implementação desse direito decorrerá do cumprimento das obrigações do fiduciante e do cancelamento da proprie-

277 Na definição do dispositivo constitucional, só incide imposto de transmissão *inter vivos* na “transmissão (...) de bens imóveis (...) e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia...”. Sendo a propriedade fiduciária constituída *com o escopo de garantia*, por expressa definição do art. 22 da Lei 9.514, resulta claro que não se configura a hipótese de incidência do imposto de transmissão no ato da contratação da alienação fiduciária, mas somente, eventualmente, no ato da consolidação da propriedade no fiduciário, pois aí, sim, estará presente a hipótese prevista na Constituição, de *transmissão de bem imóvel*.

278 Sobre a natureza jurídica do direito do fiduciante, v. introdução ao Capítulo IV.

279 GOMES, Orlando, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 169.

dade fiduciária, nos termos do art. 25 (“com o pagamento... resolve-se a propriedade fiduciária”).

Sendo, assim, titular de um direito expectativo, pode o fiduciante transmiti-lo da mesma forma como são transmissíveis quaisquer direitos expectativos.²⁸⁰

Embora, em regra, não se exija a interveniência do credor-fiduciário, no caso da alienação fiduciária de bens imóveis essa anuência é indispensável. Por efeito dessa cessão, o cessionário substitui o cedente na relação contratual, passando a figurar no contrato como devedor-fiduciante, sub-rogado nos direitos e nas obrigações do cedente. Em consequência, o novo fiduciante passa a ser o titular do direito expectativo de que era titular o fiduciante originário, assumindo, na contrapartida, todas as obrigações que estão vinculadas ao aludido direito expectativo. A cessão sem anuência do fiduciário só produz efeito entre o cedente e o cessionário e, por isso, é desaconselhável para todas as partes envolvidas no negócio, pois, de uma parte, o cedente continuará obrigado perante o fiduciário e, de outra parte, o cessionário não terá legitimação para reivindicar os direitos de fiduciante em face do fiduciário.

A cessão da posição do fiduciante constitui hipótese de incidência do imposto de transmissão, pois trata-se da transmissão de direito real sobre imóvel.

Deve a cessão ser registrada no Registro de Imóveis, devendo ficar ali consignado o nome do novo titular do direito de aquisição da propriedade, bem como deve estar ali assentado quem é o novo sujeito das obrigações concernentes ao contrato de alienação fiduciária. O interesse pelo assentamento da cessão no Registro de Imóveis é de ambas as partes, fiduciário e novo fiduciante, pois o cancelamento da propriedade fiduciária beneficiará aquele que figurar como fiducian-

280 Lei nº 9.514/97: “Art. 29. O fiduciante, com a anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.”

te no Registro e, não havendo o registro da cessão, continuará figurando o antigo fiduciante; de outra parte, na hipótese de mora do devedor, não poderá haver discrepância entre o nome que figurar do requerimento de intimação, formulado pelo fiduciário, e o nome que estiver constando do Registro como titular dos direitos e obrigações do contrato.

4.4.7. Pagamento

O pagamento é a condição para que a propriedade plena retorne ao fiduciante, pois na alienação fiduciária, o fiduciante transfere ao fiduciário a propriedade resolúvel do imóvel com o escopo de garantia, permanecendo o imóvel na propriedade fiduciária do credor-fiduciário até que seja paga a dívida.

Aplicam-se ao pagamento os princípios gerais previstos nos arts. 304 e seguintes do Código Civil, pelo que devem pagar o devedor principal (fiduciante) ou seus coobrigados, ficando estes, caso paguem, sub-rogados no crédito e na garantia fiduciária.

Titular do crédito e, portanto, legitimado a recebê-lo é o credor-fiduciário ou seu cessionário a qualquer título.

O pagamento é o fato jurídico que extingue a obrigação e caracteriza o implemento da condição resolutiva, daí porque dispõe a lei que, com o pagamento da dívida, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, devendo o fiduciário fornecer ao fiduciante o termo de quitação dentro de 30 dias; à vista do termo de quitação, o oficial do Registro de Imóveis competente cancela o registro da propriedade fiduciária (Lei 9.514/97, art. 25 e §§), daí decorrendo a automática reversão da propriedade ao fiduciante.

É o pagamento, assim, o evento caracterizador do implemento da condição, criando automaticamente para o credor a obrigação de dar quitação ao fiduciante e viabilizando para este a recuperação da plena propriedade do imóvel. Para evitar que o credor-fiduciário retenha a entrega do termo de quitação e, com isso, possa causar prejuízo ao fiduciante, a lei

impõe àquele a multa de meio por cento sobre o valor do contrato, por mês ou fração, caso postergue a entrega do termo por mais de trinta dias contados do pagamento da última parcela da dívida.

Pode o devedor efetivar o pagamento mediante dação, caso em que transmitirá ao credor seu direito eventual, consolidando-se a propriedade definitivamente no patrimônio deste, dispensada a realização do leilão do imóvel. (Lei 9.514/97, art. 26, § 8º).

4.4.7.1. Reversão da propriedade.

Por efeito do pagamento, opera-se automaticamente a reversão da propriedade ao patrimônio do devedor-fiduciante.

Com efeito, o devedor-fiduciante é titular de direito real de aquisição subordinado a condição suspensiva, de modo que a propriedade considera-se adquirida pelo simples implemento da condição, o que se dá com o pagamento da dívida, independente de intervenção judicial.

A reversão se efetiva mediante averbação, no Registro de Imóveis, do “termo de quitação” da dívida garantida pela propriedade fiduciária.

Nesse sentido, a lei prevê que com o pagamento da dívida resolve-se a propriedade fiduciária e, para implementação do assentamento registrário correspondente, obriga o credor-fiduciário a fornecer ao devedor-fiduciante, no prazo de trinta dias a contar da data da liquidação da dívida, o correspondente “termo de quitação,” sob pena de multa em quantia equivalente a 0,5% (meio por cento) por mês ou fração sobre o valor do contrato. De posse do “termo,” o antigo devedor o apresenta ao Oficial do Registro de Imóveis competente, que o averba na matrícula do imóvel, procedendo ao cancelamento do registro da propriedade fiduciária. Por força desse cancelamento, volta a vigorar o registro da propriedade plena em nome do antigo devedor-fiduciante (Lei 9.514/97, art. 25 e seus parágrafos).

Como se sabe, os direitos do credor-fiduciário e do devedor-fiduciante, subordinados, respectivamente, a condição resolutiva e a condição suspensiva, são opostos e complementares, sendo certo que o evento que extingue a propriedade do credor (pagamento) é que opera a aquisição da propriedade pelo devedor.

No contrato de alienação fiduciária em garantia, a condição é contratada expressamente, de modo que opera seus efeitos automaticamente. Basta que aconteça o evento (pagamento) para que se considere efetivada a aquisição da propriedade pelo devedor, o que se dá por força da reversão decorrente da averbação do “termo de quitação” na matrícula do imóvel.²⁸¹

4.4.8. Mora e do inadimplemento

A constituição do devedor em mora, no contrato de alienação fiduciária, segue a regra geral da primeira parte do art. 397 do Código Civil, pela qual o inadimplemento da obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor, sendo desnecessária qualquer interpelação, salvo o caso em que não houver prazo assinado.

Assinala Orlando Gomes, ao tratar do contrato de alienação fiduciária de bens móveis, que a lei exige a notificação do devedor apenas para comprovação da mora, “para que o credor se documente, praticando ato que torne inequívoco o comportamento do devedor,” salientando que “o devedor não incorre em mora no dia da expedição da carta, mas, sim, se não paga a dívida no vencimento.”²⁸²

É que, em regra, no contrato de empréstimo com pacto adjeto de alienação fiduciária o vencimento das parcelas de amortização, juros e encargos tem vencimento certo, estabe-

281 V., adiante, *Consolidação da propriedade no fiduciário*.

282 Ob. cit., p. 100.

lecido em contrato, de modo que se aplica a regra *dies interpellat pro homine*, que contempla a constituição automática da mora, pela qual o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Com efeito, nas obrigações sem termo certo é necessário que o credor seja avisado do vencimento, enquanto nas obrigações que devam ser cumpridas *dies certus an certus quando* a interpelação é dispensável, pois o vencimento já terá sido fixado no contrato. O que importa, para configuração da mora, é que o devedor tenha ciência, com certeza, de que o credor quer ser satisfeito prontamente²⁸³. No caso dos contratos de empréstimo com pacto adjeto de alienação fiduciária, o devedor tem ciência das datas de vencimento desde o momento em que contraiu a dívida e firmou o contrato, porque nestes está estabelecido o vencimento certo, tendo o devedor, portanto, certeza de que o credor tem interesse em que o pagamento se realize na data aprazada²⁸⁴.

Na linha desses princípios, e fiel à natureza da propriedade resolúvel de que está investido o credor, o art. 26 da Lei 9.514/97 considera constituído em mora o devedor desde que vencida e não paga a dívida, prevendo que nessa hipótese opera-se a automática consolidação da propriedade no credor.

Não obstante, a Lei 9.514/97 exige que, depois do vencimento, o credor aguarde o decurso do prazo de carência que tiver sido pactuado no contrato e após expirado esse prazo emita comunicação ao devedor para que este satisfaça, “no prazo de quinze dias (...) a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros...” (§ 1º do art. 26).

Importa notar que a interpelação ao devedor “é ato de vontade destinado apenas a dar ciência, porquanto os efeitos da mora decorrem do inadimplemento,” não tendo a interpe-

283 ESPÍNOLA, Eduardo, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Conquista, 1961, v. II, p. 302.

284 GOMES, Orlando, *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 169.

lação a função de suscitar os efeitos da mora, pois esta já terá ocorrido.²⁸⁵ No caso específico da alienação fiduciária de bem imóvel, os termos do § 1º do art. 26 da Lei 9.514/97 tornam exigível a prova da mora para efeito de consolidação da propriedade, postergando a data da constituição em mora para a data da sua comprovação, como observa Paulo Restiffe Neto, ao comentar situação análoga nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis: "É que o conteúdo (mora) só é palpável através do continente (prova), ou seja, só através da forma percebe-se a matéria (...) Aliás, através da comunicação feita pelo credor ao devedor, de acordo com a tradição do nosso Direito, sempre se abre oportunidade à purgação da mora ou apresentação do motivo que possa justificar a inação, no prazo eventualmente concedido..."²⁸⁶

Anote-se, ainda, que, apesar de a Lei 9.514/97 ter adotado procedimento similar ao da lei de parcelamento do solo urbano, para efeito da comprovação da mora, admitindo a purgação, não se pode confundir a estrutura do compromisso de compra e venda, de que trata a Lei 6.766/79, com a estrutura da alienação fiduciária, aquele um contrato preliminar para futura transmissão da propriedade e este um negócio pelo qual se transmite a propriedade ao credor, sendo certo que, no caso, a condição resolutiva é expressa e, assim, opera de pleno direito, independente de interpelação, considerando-se a propriedade irremediavelmente adquirida, como se nunca tivesse havido condição (Teixeira de Freitas, art. 616 do Esboço).

Para os efeitos procedimentais de comprovação da mora, a Lei 9.514/97 adota para a alienação fiduciária de imóveis, em linhas gerais, mecanismos semelhantes aos da Lei nº 6.766/79 (compromisso de compra e venda de lote de terreno).

285 GOMES, Orlando, *Obrigações*, cit., p. 169.

286 RESTIFFE NETO, Paulo, ob. cit., p. 315.

Assim, na hipótese de atraso de pagamento, o credor-fiduciário deverá requerer ao Oficial do Registro de Imóveis competente (aquele em que estiver matriculado o imóvel objeto do negócio) a intimação do fiduciante para que purgue a mora no prazo de quinze dias. A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante ou ao seu representante legal ou procurador regularmente constituído. Tem o Oficial do Registro de Imóveis a faculdade de promover pessoalmente a intimação ou transferir essa diligência a um Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, podendo também o Oficial do Registro de Imóveis, se preferir, realizar a intimação através do Correio, mediante carta-notificação com aviso de recebimento. Todavia, em qualquer hipótese a intimação deve ser feita pessoalmente, ao devedor ou ao seu representante legal ou ao seu procurador, daí porque, se a carta-notificação for remetida pelo Correio, só valerá se o aviso de recebimento tiver sido assinado pelo próprio devedor, por seu representante legal ou seu procurador. Caso o fiduciante, seu representante legal ou procurador, se encontre em local incerto e não sabido, far-se-á a intimação por edital.

Importa notar que a intimação para purga de mora só será expedida depois de decorrido o prazo de carência estabelecido no contrato para esse fim. A lei torna obrigatória a fixação de um prazo de carência, ao dispor que “o contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação” (§ 2º do art. 26). A fixação desse prazo é feita pelas partes no contrato, diferentemente do que dispõe a Lei de Incorporações — para a hipótese de mora do adquirente de imóvel em incorporação imobiliária, a Lei 4.591, de 1964, prevê a possibilidade de notificação após a falta de pagamento de 3 prestações ou o atraso de 90 dias em qualquer prestação. No contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, o credor só poderá requerer ao Oficial do Registro a intimação depois de decorrido o prazo de carência.

Deverá o credor-fiduciário instruir o requerimento com demonstrativo do débito, a exemplo do que prevê o art. 614 do Código de Processo Civil para a hipótese de execução.

Para bem implementar suas atribuições no que concerne aos procedimentos visando a purgação da mora ou as consequências da não-purgação, é necessário que o Oficial do competente Registro de Imóveis forme um processo para cada requerimento de intimação, contendo todas as peças do caso.

A purgação da mora far-se-á perante o oficial Registro de Imóveis competente, mediante pagamento dos valores que lhe tiverem sido informados pelo credor, em demonstrativo no qual deverão estar discriminados os valores do principal, dos juros e demais encargos contratuais; tendo em vista o tempo que decorrerá entre o requerimento de intimação e o final do prazo para purgação de mora, é de toda conveniência que o credor apresente demonstrativo em que estejam compreendidas as parcelas que se vencerem nesse interregno, incluindo as penalidades, pois, do contrário, haverá o risco de efetivar-se pagamento em valor inferior ao devido, considerada a data em que vier a se realizar a purgação da mora; nos 3 dias seguintes à purgação, o Oficial do Registro de Imóveis deverá entregar ao credor-fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação (art. 26 e §§).

Decorrido o prazo da interpelação sem que o fiduciante tenha purgado a mora, o Oficial do Registro de Imóveis competente deverá certificar o fato e, uma vez apresentado pelo fiduciário o comprovante do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso, do laudêmio, promoverá o registro da consolidação da propriedade em nome do fiduciário.

4.4.8.1. Vencimento antecipado da dívida

A Lei nº 9.514/97 não se refere às hipóteses de vencimento antecipado da dívida, devendo ser aplicada a regulamenta-

ção dos direitos reais de garantia em geral, contidas no art. 1.424 do Código Civil, observadas, naturalmente, as características peculiares da propriedade fiduciária.

Observe-se que, ao tratar dos meios de satisfação do crédito do credor-fiduciário, a Lei nº 9.514/97 trata do procedimento extrajudicial de leilão e exonera o devedor-fiduciante da obrigação de pagar o saldo da dívida caso não se alcance, no segundo leilão, valor que corresponda pelo menos ao saldo devedor e acrescidos. Dada essa particularidade, o procedimento de leilão extrajudicial previsto no art. 27 é inadequado para as hipóteses de deterioração ou depreciação do imóvel objeto da garantia, porque nesses casos certamente não se alcançará no leilão valor suficiente para saldar toda a dívida, sendo certo que o credor não poderá cobrar o saldo remanescente; pior é a hipótese de perecimento do imóvel, caso não tenha sido contratado o seguro correspondente, pois aí nem haverá um bem a ser levado a leilão. Para esses casos, o meio adequado para que o credor obtenha a satisfação do seu crédito é a execução por título extrajudicial: o devedor deverá ser intimado para reforçar ou substituir a garantia e, caso não o faça, considera-se vencida antecipadamente a dívida, ensejando sua cobrança mediante execução por título extrajudicial, que será garantida por tantos bens ou direitos quantos bastem para satisfação do crédito.

Dá-se também o vencimento antecipado da dívida na hipótese de desapropriação. Nesse caso, os direitos reais sobre o imóvel, isto é, a propriedade fiduciária e o direito real de aquisição, ficam sub-rogados no preço, de modo que do valor pago será destacada quantia suficiente para resgate da dívida e demais encargos que recaiam sobre o imóvel, entregando-se ao devedor a sobra. Caso o valor da desapropriação seja insuficiente para resgate da dívida, poderá o credor promover a cobrança do saldo remanescente mediante execução por título extrajudicial.

4.4.8.2. Ação de execução por título extrajudicial

Em qualquer dos casos de vencimento antecipado da dívida o credor fiduciário pode optar pelo processo judicial de execução por quantia certa contra devedor solvente (arts. 646 e seguintes do Código de Processo Civil), caso considere esse meio mais adequado de acordo com as circunstâncias. A Lei nº 9.514/97 não faz referência à execução judicial porque dispensável, tendo em vista que o título representativo de crédito garantido por propriedade fiduciária de bem imóvel é o instrumento de alienação fiduciária, seja por escritura pública ou particular subscrita por duas testemunhas, e a esse título o Código de Processo Civil atribui força executiva (CPC, art. 585, II).

A opção pela execução judicial pode ocorrer pelas mesmas razões que levariam o credor com garantia fiduciária de bem móvel a buscar tal procedimento.

Assim, a satisfação do crédito pode ser obtida mediante ação de execução caso o imóvel tenha sido destruído, no todo ou em parte, e o devedor tiver outros bens penhoráveis suficientes para a satisfação do crédito. A opção pela execução pode também ser exercida pelo credor na hipótese de depreciação do imóvel.

Quanto a esse aspecto, importa ter presente que, pelo procedimento especial da Lei nº 9.514/97, o credor se paga com o produto do leilão do imóvel, sendo certo, entretanto, que se no segundo leilão não houver licitante que ofereça pelo menos o valor da dívida, o credor conservará consigo o imóvel cuja propriedade já terá sido consolidada em seu patrimônio e dará quitação ao devedor, mesmo que o valor do imóvel seja inferior ao valor do seu crédito. Nesse caso, o credor, tomando conhecimento de que o valor do imóvel não será suficiente para satisfazer por inteiro seu crédito, avaliará, por ocasião da mora e do inadimplemento do devedor, a conveniência de promover a cobrança mediante procedimento extrajudicial

regulado pela Lei nº 9.514/97 ou a execução por título extrajudicial.

Se optar pela execução, poderá obter a penhora de outros bens do patrimônio do devedor, além do direito real de aquisição de que o devedor é titular, decorrente do contrato de alienação fiduciária.

4.4.9. Consolidação da propriedade no fiduciário

Frustrada a condição para aquisição da propriedade pelo fiduciante, consolida-se a propriedade no fiduciante, mediante averbação²⁸⁷ na matrícula do imóvel, caso o devedor não purgue a mora no prazo da notificação que receber do credor-fiduciário.²⁸⁸

O *caput* do art. 26 e seus §§ 1º a 6º contemplam, minuciosamente, toda a disciplina para a purgação da mora do deve-

287 A redação original da Lei nº 9.514/97 falava em *registro*, mas a Lei nº 10.931/2004 deu nova redação ao § 7º do art. 26 deixando claro que o ato é de *averbação*. De fato, o correto é *averbação* porque a consolidação se dá por cancelamento da condição resolutiva. Efetivamente, ao se constituir a propriedade fiduciária, a propriedade é atribuída ao fiduciário com exclusão ou limitação de poderes, que são objeto de ressalva no título constitutivo. Dada essa estrutura da propriedade fiduciária, a consolidação resultará apenas da retirada dessa ressalva, com o que a propriedade deixará de ser provisória e restrita e passará a ser definitiva e exclusiva, não havendo necessidade de constituição de nova propriedade (v. SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Tratado dos Registros Públicos*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 3. ed., 1955, pp. 373 e seguintes).

288 "Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário." (...) "§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º [prazo da intimação para purgação da mora], sem a purgação da mora, o Oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá, à vista da prova do pagamento, pelo fiduciário, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio, a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário."

dor-fiduciante, desde a expedição da intimação até a entrega das quantias recebidas ao credor-fiduciário.

De fato, sendo a propriedade fiduciária uma propriedade *resolúvel*, se o fiduciante deixar de pagar a dívida, no todo ou em parte, a consequência natural é a consolidação da propriedade no fiduciário, tal como deflui dos princípios consagrados nos arts. 1.359 e 1.360 do Código Civil, cujas regras manda a Lei 9.514/97 sejam aplicadas à propriedade fiduciária por ela regulada (art. 33).

O que distingue a propriedade resolúvel da propriedade plena é o fato de que aquela é provisória, estando subordinada a uma condição ou a um termo; no caso da propriedade fiduciária sobre bens imóveis, na forma da Lei 9.514/97, a condição resolutiva é o pagamento da dívida pelo fiduciante, de modo que, efetivado o pagamento, extingue-se a propriedade do fiduciário, sendo este obrigado a viabilizar, em trinta dias, a recuperação da propriedade plena pelo fiduciante, sob pena de multa (art. 25, § 1º), enquanto, de outra parte, frustrada a condição, pelo não pagamento da dívida, consolida-se a propriedade plena no fiduciário (art. 26, § 7º).

De outra parte, muito embora seja constituída para garantia, a propriedade fiduciária distingue-se dos demais direitos reais de garantia (hipoteca, penhor e anticrese) porque nestes o direito incide na coisa alheia e naquela se trata de direito real sobre coisa própria.²⁸⁹

Dada essa configuração, não há que se cogitar da aplicação da regra do art. 1.428 do Código Civil²⁹⁰ porque o proprietário fiduciário não é credor hipotecário, anticrético ou pignoratício, mas é titular de um direito real sobre coisa própria, ainda que subordinado a condição.

289 V. distinção estabelecida por Teixeira de Freitas, nas Seções II e III do Livro Terceiro — Dos Direitos Reais — do Esboço do Código Civil.

290 Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Uma eventual proibição a que o proprietário fiduciário fique com o imóvel, se a dívida não for paga, implicaria a própria negação da teoria da propriedade resolúvel, desnaturando-a inteiramente. Ora, se se admitisse a possibilidade de a propriedade retornar ao patrimônio do fiduciante, caso não houvesse pagamento, deixaria o pagamento de ser a condição do negócio, pois a propriedade se resolveria de qualquer forma, se o fiduciante não pagasse a dívida, passando a propriedade a ser *ad tempus*, e, se assim fosse, extinguir-se-ia quando do vencimento da dívida, houvesse ou não houvesse pagamento. De outra parte, se, vencida e não paga a dívida, o proprietário fiduciário perdesse a condição de proprietário e viesse a ser considerado credor privilegiado, com preferência para satisfazer seu crédito com a venda do imóvel, este ficaria sem dono até a alienação, pois teria deixado de ser propriedade do fiduciário e não teria ingressado no patrimônio do fiduciante, o que é igualmente absurdo.

Efetivamente, o ingresso da propriedade plena no patrimônio do credor é consequência natural do não-implemto da condição resolutiva, pois, (1º) enquanto pendente a condição, o titular da propriedade resolúvel reúne as faculdades jurídicas que constituem o conteúdo da propriedade plena, com as restrições próprias da resolubilidade, (2º) se implementada a condição, retorna a propriedade ao alienante, ou (3º), se não implementada a condição, consolida-se a propriedade plena no adquirente. É verdade que, enquanto estiver pendente a condição, a propriedade fiduciária, além das limitações características da propriedade resolúvel, tem um delineamento peculiar, qual seja o de que impõe ao seu titular o ônus de colocar à venda o bem na hipótese de mora ou inadimplemento do devedor-alienante. Trata-se, evidentemente, de construção peculiar para a propriedade resolúvel decorrente do contrato de alienação fiduciária, em atenção à finalidade de garantia a que é destinada, mas tal peculiaridade não retira a resolubilidade da propriedade fiduciária, não só pela identidade entre seus traços característicos e os da proprieda-

de resolúvel, como, *a fortiori*, porque é a própria lei que a define como tal,²⁹¹ enquadrando-a de maneira explícita na espécie de propriedade resolúvel e esta, afinal, está excluída da vedação do art. 1.428 do Código Civil.

É a propriedade fiduciária, enfim, uma espécie de propriedade estruturada para a finalidade de garantia e, por isso mesmo, a lei a delineia com limitações compatíveis com sua função e o faz de forma que ela possa exercê-la e cumprir efetivamente sua finalidade de fazer com que o credor retenha a propriedade caso não se implemente a condição sob a qual foi constituída.

Ora, é característica das garantias ditas fiduciárias a transmissão da propriedade ao credor, sendo exatamente essa característica que a distingue, em substância, das demais garantias reais, que se encontram enumeradas taxativamente no art. 1.428 do Código Civil; dada essa característica, sua adoção pelo direito positivo tem em vista a maior eficácia na proteção do crédito, comparativamente com as demais garantias existentes no sistema; essa maior eficácia, no caso da garantia fiduciária, é propiciada pelo fato de o credor se tornar titular, mesmo, de um direito de propriedade, ainda que resolúvel; disso deflui que a eventual subordinação das garantias fiduciárias ao regime do art. 1.428 do Código Civil eliminaria o traço que distingue essa modalidade de garantia das demais garantias reais, frustrando por completo a finalidade da lei, que é a de conferir maior eficácia à garantia fiduciária exatamente em razão dessa característica diferenciadora. Enfim, não se pode subordinar à vedação do art. 1.428 do Código Civil aquele que já é proprietário, pois, como assinala Pontes

291 A Lei 4.728/66 define a alienação fiduciária como o contrato que *"transfere ao credor o domínio resolúvel (...) da coisa móvel alienada..."* (art. 66, com a redação do DL 911/69), enquanto a Lei 9.514/97 define-a como *"o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel."* (art. 22).

de Miranda, em comentário formulado anteriormente ao advento da Lei 4.728/65, seria rematada aberração pretender negar ao proprietário fiduciário continuar a ser aquilo que ele já é, ou seja, proprietário: "Quem é outorgado em pacto de transmissão em segurança não poderia ficar subordinado à *ratio legis* do art. 765 do Código Civil porque já é adquirente; não se poderia negar tornar-se aquilo que ele já é; pode-se vedar o vir a ser, não o ser; aplicar-se o art. 765 ao outorgado em pacto de transmissão em segurança seria negar-se a alguém poder continuar a ser o que já é."²⁹²

A Lei 9.514/97 optou por atribuir ao credor a propriedade resolúvel, ainda que com limitações peculiares, e, fiel à lógica do sistema, dispõe que a propriedade plena consolidar-se-á no fiduciário, caso o fiduciante deixe de pagar a dívida, no todo ou em parte, desde que cumpridos os requisitos e atendidas as formalidades legais pertinentes à intimação do fiduciante para a purgação da mora.

Não se pode deixar de registrar que a legislação que disciplinou a alienação de bens móveis (Lei 4.728/65 e arts. 1.361 e seguintes do Código Civil) não seguiu essa orientação, preferindo submetê-la à vedação do pacto comissório, causando certa perplexidade na doutrina.

Admite Orlando Gomes que o legislador pode ter procurado evitar a possibilidade de locupletamento do fiduciário, que poderia exigir do fiduciante a alienação de bens com valor muito superior ao da dívida, na esperança de tirar proveito do inadimplemento; mas, como pondera o mesmo autor, esse possível abuso poderia ser evitado se a lei tivesse estabelecido a necessidade de equivalência entre o valor do bem e o da dívida, com certa margem para atender eventual desvalorização e despesas, concluindo: "Deixou-se o legislador impressionar, não obstante, pela semelhança da alienação fiduciária

292 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, tomo XXI, p. 333.

em garantia com o penhor, esquecendo-se de que, em relação àquela não subsistiam, como não subsistem, as razões determinantes da proibição do pacto comissório, criando, em consequência, dificuldades insolúveis sob o aspecto dogmático, na perspectiva da construção doutrinária acolhida."²⁹³

F. Ruiz Alonso observa que a limitação encontrada na Lei 4.728, de 1965, que trata da alienação fiduciária de bens móveis, mostra-se incompatível com a natureza do instituto, desfigurando-o de tal maneira que subordiná-la ao art. 1.428 do Código Civil (art. 765 do Código Civil de 1916) é transformá-la numa *propriedade resolúvel-resolvida*.²⁹⁴

Caio Mário da Silva Pereira estende a crítica ao Projeto que veio a ser convertido no Código Civil de 2002, acentuando que "o legislador deixou-se por demais influenciar pela dogmática do penhor e da hipoteca. E da mesma influência penetrou-se o Projeto de Código Civil de 1975. No plano ontológico não tem cabimento a atração do princípio. Ao contrário do que ocorre na situação pignoratícia ou hipotecária, com a alienação fiduciária a coisa já está na propriedade e na posse (indireta embora) do credor. Desta sorte, não haveria proibir aquilo que é o efeito natural do negócio fiduciário (aquisição da coisa pelo credor)."²⁹⁵

Quanto à alienação fiduciária de bens imóveis, não obstante a fidelidade à dogmática que assegura ao fiduciário a consolidação da propriedade em seu nome, a Lei 9.514/97

293 GOMES, Orlando, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 95.

294 "Todavia, a propriedade temporária do proprietário fiduciário é extremamente fraca porque o proprietário fiduciário nunca poderá ficar com a coisa (...). Mais propriamente poderíamos chamá-la 'propriedade resolúvel-resolvida', significando o adjetivo 'resolvida' a sua carência de conteúdo. Ainda que o devedor não pague, a coisa destinar-se-á à venda, não ao fiduciário." *A alienação fiduciária em garantia*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. LXVII, fasc. II, 1967, ps. 405/406.

295 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, cit., v. IV, p. 281.

criou mecanismos de proteção do devedor-fiduciante, afastando riscos de locupletamento do credor-fiduciário, ao estabelecer valor mínimo para venda do imóvel, em público leilão, e ao impor ao credor-fiduciário o dever de promover leilão no prazo máximo de trinta dias após a consolidação da propriedade em seu nome, estabelecendo rígidos procedimentos para a alienação, como sejam a realização de dois leilões, a fixação, no contrato, de lance mínimo para efetivação da venda, a obrigação de entregar ao fiduciante, no prazo de cinco dias do leilão, o *quantum* que sobejar do produto da venda (se se alcançar, no leilão, preço superior ao valor da dívida, encargos e despesas), e a exoneração do devedor da obrigação de pagamento do saldo remanescente, caso não se alcance, no leilão, lance que cubra o valor da dívida, encargos e despesas, como explicitado nos parágrafos 1º a 6º do art. 27, que serão apreciados a seguir.

No que tange aos aspectos procedimentais, a Lei 9.514/97, no § 7º do seu art. 27, dispõe que a consolidação da propriedade no credor dar-se-á à vista de requerimento do credor, instruído com a comprovação da não-implementação da condição resolutiva, do mesmo modo que a reversão da propriedade ao devedor-fiduciante se faz mediante simples averbação do Oficial, à vista de requerimento do devedor, instruído com a prova da implementação da condição resolutiva, isto é, o *termo de quitação* da dívida (§ 2º do art. 25).

Os procedimentos de registro são coerentes com a natureza da propriedade resolúvel.

Efetivamente, a reversão da propriedade ao devedor-fiduciante, assim como sua consolidação no credor, são efeitos normais da condição resolutiva e operam automaticamente, independente de atuação judicial.

Tanto um assentamento como o outro são atos próprios da função do Oficial do Registro, praticados coerentemente com a natureza da propriedade resolúvel. Obviamente, não é o ato do Oficial que atribui a propriedade ao fiduciante ou ao fiduciário; essa atribuição é definida pela lei como consequên-

cia da ocorrência do evento que caracteriza o implemento ou o não-implemento da condição, e o ato do Oficial apenas anota esse acontecimento na matrícula do imóvel.

Por isso mesmo, ao assentar a consolidação ou a reversão da propriedade, o Oficial do Registro de Imóveis estará apenas fazendo constar da matrícula do imóvel os fatos correspondentes aos efeitos normais da condição pactuada pelas partes, e o faz no exercício de uma função própria dele, Oficial, e não da autoridade judiciária.²⁹⁶

A matéria não comporta controvérsia, quer no plano doutrinário ou jurisprudencial.

Em sua clássica obra sobre a resolução do contrato por inadimplemento Araken de Assis discorre sobre a automaticidade do desfazimento do vínculo, quando verificada a condição resolutiva expressa, e a dispensa da intervenção judicial, destacando o acórdão proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no RE 63.595-SP, pelo qual fica esclarecido que, na promessa de compra e venda com cláusula resolutiva expressa, a pretensão possessória do compromitente “prescinde da desconstituição de negócio nunca inteiramente formado.”²⁹⁷ Sobre a automaticidade dos efeitos da resolução, diz aquele autor: “Em se tratando de resolução convencional, ou seja, fundada em cláusula resolutória expressa, o vínculo de desfaz de modo automático, e se dispensa a intervenção judicial.”²⁹⁸

4.4.9.1. Imposto de transmissão *inter vivos* e laudêmio

A consolidação da propriedade em nome do fiduciário é evento que materializa a hipótese de incidência do imposto de

296 Ver, adiante, itens 4.4.15.1 e 4.4.15-2, a propósito da garantia fiduciária à luz do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor e do princípio do devido processo legal.

297 Pleno do STF, RE 63.595-SP, rel. Min. Amaral Santos, RTJ 56/169.

298 ASSIS, Araken de, *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 147.

transmissão *inter vivos*, pois até então o credor-fiduciário é proprietário fiduciário do bem, cumprindo essa *propriedade fiduciária* função de garantia, enquanto pendente a condição a que está subordinada.

De fato, ao se contratar a alienação fiduciária, não se tem em vista a transmissão plena da propriedade ao credor-fiduciário, mas, apenas, a constituição de uma propriedade fiduciária sobre o bem, que é um direito real limitado, constituído com o escopo de garantia. Tratando-se, assim, de um direito real de garantia, a constituição da propriedade fiduciária não enseja a incidência do imposto de transmissão, pois, nos termos do art. 156, II, da Constituição Federal, o fato gerador desse imposto é a "transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, *exceto os de garantia*, bem como cessão de direitos a sua aquisição."

Excepcionados, assim, pela Constituição, os direitos reais de garantia, só se tornará exigível o imposto de transmissão, por efeito do contrato de alienação fiduciária, no momento em que vier a se verificar a transmissão do imóvel ao fiduciário, o que ocorrerá somente quando da consolidação da propriedade em seu nome.

O mesmo ocorre em relação ao *laudêmio*, que só será devido se e quando a propriedade se consolidar no fiduciário. Igualmente, só a partir daí é que o fiduciário passa a ser responsável pelo pagamento do foro, que, até então, é da responsabilidade do fiduciante.

4.4.10. Leilão

Uma vez consolidada a propriedade em nome do fiduciário, este deverá promover a realização de leilão público para venda do imóvel, nos trinta dias subseqüentes, contados da data do registro da consolidação da propriedade. É dispensada a realização do leilão, entretanto, caso a propriedade tenha se

consolidado por efeito de dação em pagamento (Lei 9.514/97, art. 26, § 8º).

No leilão, o imóvel deverá ser oferecido pelo preço mínimo que, no contrato, as partes tiverem fixado para esse fim; caso não se alcance esse preço, deverá o fiduciário promover um segundo leilão, hipótese em que o imóvel será vendido pelo valor da dívida e seus encargos, tributos, contribuições condominiais, mais as despesas de leilão.

Com efeito, nos termos do art. 24, VI, da Lei 9.514/97, o contrato deverá conter cláusula em que se faça "a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão." Nestas condições, ao contratar a alienação fiduciária, as partes deverão estabelecer uma avaliação prévia do imóvel e o critério de revisão do respectivo valor; este será o valor do lance mínimo pelo qual o imóvel será oferecido no primeiro leilão, na hipótese de o devedor, depois de notificado, deixar de purgar a mora; devem as partes, também, estabelecer os critérios de revisão do preço de venda, podendo para tanto utilizar índices de medição da depreciação monetária ou outros indicadores que sirvam de parâmetro para aferição dos preços no mercado imobiliário.

Se, entretanto, no primeiro leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor que as partes tiverem estabelecido para o imóvel, nos termos do inciso VI do art. 24 da Lei 9.514/97, realizar-se-á o segundo leilão nos quinze dias subseqüentes, de acordo com o art. 27 desse diploma legal.

O segundo leilão terá como referencial o valor da dívida, das despesas, dos prêmios dos seguros, dos encargos legais, inclusive tributos, e, quando for o caso, das contribuições condominiais (art. 27, § 2º). Vale ressaltar que, diante do que dispõe o § 3º do art. 27, considera-se *dívida* o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos; e entende-se por *despesas* a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as ne-

cessárias à realização do leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

No segundo leilão será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida previsto no contrato. Se, entretanto, o credor obtiver preço superior ao da dívida e das despesas, deverá entregar ao devedor a importância que sobejar (art. 27, § 4º), o que importará em recíproca quitação. E ainda, se o maior lance oferecido for recusado por não ser igual ou superior ao mínimo correspondente à dívida e às despesas, considerar-se-á extinta a dívida, exonerando-se o devedor da obrigação pelo eventual saldo remanescente (art. 27, § 5º), devendo o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dar quitação ao devedor-fiduciante em termo próprio.

A exoneração do devedor quanto ao pagamento da dívida que eventualmente remanescer após o segundo leilão, como já vimos, é mecanismo compensatório justificado pelo sentido social do crédito habitacional e já foi empregado pelo direito positivo brasileiro nas execuções judiciais de créditos vinculados ao sistema financeiro da habitação; trata-se da Lei nº 5.741, de 1971, pela qual, não havendo lance que cubra o valor da dívida, dá-se a automática adjudicação do imóvel ao credor com a quitação da dívida, operando a adjudicação os mesmos efeitos da dação em pagamento.

No que tange aos financiamentos destinados à obtenção de moradia, quando contratados com instituições financeiras ou empresas do mercado imobiliário, compreende-se o propósito social da lei de compensar a vulnerabilidade econômica do contratante mais fraco, exonerando-o de pagar o saldo devedor se o valor do imóvel for inferior ao valor da dívida.

O § 5º do art. 27, entretanto, não contém ressalva explícita quanto ao limite dessa compensação de cunho social, podendo ensejar controvérsias que prejudiquem a aplicação dessa garantia em operações de crédito de natureza não-habitacional.

Na interpretação dessa norma, há que se ter sempre presente que sua finalidade é a proteção do contratante economicamente mais fraco, em operação de financiamento contratada com instituições financeiras ou empresas do mercado imobiliário para construção ou aquisição de imóvel para moradia do adquirente e sua família, não se destinando a beneficiar o tomador de financiamento para atividades empresariais ou para outras finalidades não-habitacionais, nem os participantes de grupo de auto-financiamento denominado *consórcio* na linguagem comum.

Com efeito, nos empréstimos destinados a atividades empresariais, não se justifica a quitação caso o produto da venda do bem dado em garantia seja inferior ao valor da dívida, salvo no caso de recuperação de empresa de que trata a Lei nº 11.101/2005.

De outra parte, nos grupos de auto-financiamento, a quitação por valor inferior ao da dívida beneficiaria a pessoa do consorciado-devedor em prejuízo de todos os demais consorciados, sobre os quais recairia o prejuízo. Nesse caso, a quitação subverteria o princípio da função social do contrato, na medida em que repercutiria negativamente sobre toda a comunidade dos participantes do grupo. Com efeito, a função social do contrato diz respeito ao modo como ele se reflete na comunidade e de que forma atinge terceiros, não integrantes da relação contratual. A quitação da dívida prevista no § 6º do art. 27 atende ao interesse do devedor inadimplente, mas pode provocar diminuição do patrimônio pertencente ao grupo dos demais consorciados, não integrantes daquela relação contratual individual, causando irreparáveis prejuízos a toda a comunidade daqueles consorciados.

Uma vez concluído o leilão, se não tiver havido lance vencedor, permanecerá o imóvel no patrimônio do credor sem qualquer ônus, devendo o auto de leilão ser averbado na matrícula do imóvel, no Registro de Imóveis. Se tiver havido lance vencedor, procede-se a transmissão do imóvel ao licitante vencedor; a forma é o contrato de venda e o modo de

transmissão é o registro desse contrato no Registro de Imóveis competente. Nesse contrato, figura como vendedor o antigo credor-fiduciário e comprador o licitante vencedor. O contrato poderá ser celebrado por instrumento particular, pois, nos termos do art. 38, podem ser celebrados por essa forma quaisquer atos ou contratos referidos na Lei nº 9.514/97 ou dela resultantes, sendo certo que a venda decorrente do leilão é, sem dúvida, um ato resultante daquela lei, até porque é ônus que a lei impõe ao credor como característica essencial da propriedade fiduciária nela regulamentada.

A lei não dispõe sobre os procedimentos para realização do leilão, determinando, entretanto, que eles devem ser explicitados em cláusula do contrato de alienação fiduciária. Devem as partes, obviamente, ater-se aos princípios gerais que regem a matéria, já consagrados no direito positivo, notadamente aqueles explicitados no Código de Processo Civil, na Lei 4.591/64 e no Decreto-lei nº 70/66. Assim, em atenção à segurança jurídica, os procedimentos do leilão deverão estar explicitamente previstos no contrato, podendo-se considerar, a título de sugestão os seguintes procedimentos:

1. o primeiro leilão realizar-se-á no prazo de trinta dias da data da consolidação da propriedade, como estabelecido no art. 27;

2. o segundo leilão realizar-se-á no prazo de quinze dias da realização do primeiro leilão;

3. no primeiro leilão, o valor de referência para a venda do imóvel há de ser aquele que, na forma do art. 24, VI, tiverem as partes indicado no contrato para efeito de venda em público leilão, enquanto no segundo leilão o imóvel será colocado pelo valor da dívida e encargos;

4. o anúncio dos leilões deverá ser feito por edital publicado por três vezes, com antecedência de pelo menos dez dias da data designada para o leilão, sendo a última publicação no dia da realização do leilão; a publicação deve ser feita em jornal que tenha grande circulação na situação do imóvel e, não havendo jornal de circulação diária nesse local, em jornal

de comarca próxima, de fácil acesso, em que houver jornal de circulação diária;

5. para cálculo do valor da dívida, como referencial para o segundo leilão, deverão ser considerados os encargos, contribuições e despesas, tais como:

a) contribuições condominiais que, à data do leilão, estejam vencidas e não pagas, caso o imóvel seja unidade autônoma integrante de condomínio;

b) contribuições devidas a associações de moradores, que, à data do leilão, estejam vencidas e não pagas, na hipótese de o imóvel integrar conjunto imobiliário com essa característica;

c) taxa de água e esgoto;

d) contas de luz e gás;

e) imposto predial, foro e outros encargos que incidem sobre o imóvel e que estejam vencidos e não pagos à data do leilão;

f) taxa de ocupação de 1% (um por cento) do valor de avaliação do imóvel (Lei nº 9.514/97, art. 24, IV), exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário ou seus sucessores vierem a ser imitidos na posse do imóvel (Lei nº 9.514/97, art. 37A, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004).

É de toda conveniência que, encerradas todas as formalidades do leilão, o credor formule prestação de contas ao devedor e a coloque à sua disposição, à semelhança do que prevê a Lei 4.591, de 1964, para a hipótese de leilão de imóvel integrante de incorporação imobiliária, realizado pela comissão de representantes do condomínio ou pelo incorporador.

4.4.11. Ações decorrentes da alienação fiduciária de bens imóveis

Independentemente do direito de ação genericamente assegurado pelo sistema processual, decorrem da Lei 9.514/97 ações peculiares à estrutura própria da propriedade fiduciária em garantia de bem imóvel, entre as quais destacam-se aque-

las que visam dar eficácia ao direito do credor-fiduciário, notadamente a de reintegração de posse, e as que visam assegurar os direitos do devedor-fiduciante, como a execução por obrigação de fazer, em face do fiduciário que se negar a lhe dar quitação, e as ações possessórias em face de quem ameaçar a posse direta que o fiduciante estiver exercendo em razão da lei e do contrato.

4.4.11.1. Ação de reintegração de posse pelo fiduciário

A ação de reintegração de posse tem por fim a recuperação da posse perdida por esbulho, que se caracteriza por “toda e qualquer moléstia aos direitos do possuidor, como quando ocorre recusa de restituir a coisa que deve ser restituída.”²⁹⁹ Há esbulho, assim, mesmo que não exista violência, bastando, para sua caracterização, que o possuidor seja privado do exercício do direito de posse.

Na contratação da alienação fiduciária, a propriedade é transmitida ao fiduciário em caráter resolúvel, para o fim de garantir o pagamento de uma dívida; por isso mesmo é que a transmissão não é plena, mas feita com exclusão ou limitação de alguns poderes, sendo retiradas algumas faculdades, que, entretanto, podem vir a ser atribuídas ao fiduciário, dependendo da evolução do negócio fiduciário celebrado. É a construção típica da propriedade fiduciária.

Ao se constituir a propriedade fiduciária, opera-se o desdobramento da posse (Lei 9.514/97, art. 23, parágrafo único), atribuindo-se ao credor-fiduciário a posse indireta e conservando o devedor-fiduciante a posse direta. Desta forma, a lei objetivou assegurar ao devedor-fiduciante o uso e gozo do imóvel, assegurando-lhe, “enquanto adimplente, a livre utili-

299 MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas*, Saraiva, São Paulo, 1961, p. 46.

zação, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária" (art. 24, IV).

Dada essa estruturação, se o fiduciante não pagar a dívida, no todo ou em parte, a consequência natural será a consolidação da propriedade no fiduciário, com o nascimento, para este ou seus sucessores, do direito de reintegrar-se na posse (art. 30).

Efetivamente, a configuração da alienação fiduciária, com a constituição de uma propriedade resolúvel, justifica a adoção da ação de reintegração de posse na hipótese de o fiduciante se negar a restituir a posse da qual tenha perdido o título.

Ora, o fiduciante conserva a posse direta do imóvel que transmite ao fiduciário, este tornando-se proprietário com exclusão ou limitação de poderes, mas investindo-se da condição de possuidor indireto. A posse do devedor-fiduciante decorre da relação fiduciária e é exercida como consequência natural dessa relação, só sendo admitida, por isso mesmo, *enquanto adimplente o devedor-fiduciante*. Nestas condições, ao romper-se a relação fiduciária por inexecução culposa do devedor-fiduciante, sua posse deixa de existir a justo título, de modo que estará ele perpetrando esbulho se se negar a restituí-la ao fiduciário. O desdobramento da relação possessória assegura tanto ao possuidor direto como ao possuidor indireto, um em face do outro, o exercício das ações de proteção da posse pela via judicial específica, como prescreve de maneira expressa o art. 1.197 do Código Civil, que assegura ao possuidor direto a defesa da sua posse contra o possuidor indireto.

Na linha desses princípios, a Lei nº 9.514/97 faculta ao fiduciário ou seus sucessores a ação de reintegração de posse, com deferimento liminar para desocupação em sessenta dias.³⁰⁰

300 "Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os

Do texto legal deflui como requisito indispensável para a propositura da ação a *consolidação da propriedade* no fiduciário, independentemente dos demais requisitos previstos no Código de Processo Civil para a ação de reintegração de posse.³⁰¹

§§ 1º e 2º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome.”

301 Código de Processo Civil:

Art. 926 — O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.

Art. 927 — Incumbe ao autor provar:

I — a sua posse;

II — a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III — a data da turbação ou do esbulho;

IV — a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Art. 928 — Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único — Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

Art. 929 — Julgada procedente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração.

Art. 930 — Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 (cinco) dias subseqüentes, a citação do réu para contestar a ação.

Parágrafo único — Quando for ordenada a justificação prévia (art. 928), o prazo para contestar contar-se-á da intimação do despacho que deferir ou não a medida liminar.

Art. 931 — Aplica-se, quanto ao mais, o procedimento ordinário.

Art. 932 — O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Art. 933 — Aplica-se ao interdito proibitório o disposto na seção anterior.

Ao exigir o cumprimento desse requisito, a lei remete ao seu art. 26, que trata dos procedimentos de cobrança e de constituição do devedor em mora, cuidando da consolidação da propriedade na hipótese de configuração da mora do devedor-fiduciante.³⁰²

A consolidação da propriedade será provada mediante certidão da matrícula do imóvel, expedida pelo Oficial do Registro de Imóveis, da qual conste a averbação da consolidação, dando conta de que o fiduciário passou a ser o proprietário pleno do imóvel.

Assim, consolidada a propriedade no fiduciário, estará ele, agora já proprietário pleno, ou seu cessionário ou sucessor, habilitado a requerer a ação de reintegração de posse, devendo instruir a inicial com a certidão do Registro de Imóveis comprovando a consolidação.

Nos termos dos arts. 1.196 e 1.210 do Código Civil, aquele que detém, de fato, o exercício de algum dos poderes do domínio é, juridicamente, possuidor e, como tal, tem legitimidade para propor ação possessória sempre que for ameaçado ou esbulhado na sua posse.

Especificamente no caso da posse decorrente do contrato de alienação fiduciária de imóveis, o art. 30 da Lei 9.514/97, ressaltando que só será admitida a ação após a consolidação da propriedade, atribui legitimação ativa para a ação de reintegração de posse ao fiduciário originário ou qualquer pessoa, física ou jurídica, que o tenha sucedido no contrato ou na propriedade, seja um cessionário (a quem o então credor-fi-

302 "Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário."

"§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º [prazo da intimação para purgação da mora], sem a purgação da mora, o Oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá, à vista da prova do pagamento, pelo fiduciário, do imposto de transmissão inter vivos, o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário."

duciário tenha cedido o crédito, com a conseqüente transmissão do seu acessório, que era a propriedade fiduciária em garantia), um sucessor no mesmo crédito, a qualquer outro título, ou aquele que vier a arrematar o imóvel no leilão.

No pólo passivo da ação de reintegração de posse figurará, sempre, "o agente do ato representativo da moléstia do autor."³⁰³ A legitimação passiva para a ação, portanto, poderá recair no próprio fiduciante ou qualquer eventual sucessor que se encontrar na posse direta do imóvel.

A petição inicial da ação de reintegração de posse deverá, além dos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, especificar, nos termos do art. 927 da mesma lei instrumental, ainda:

- I — a posse do autor;
- II — o esbulho praticado pelo réu;
- III — a data do esbulho;
- IV — a perda da posse.

A prova da posse do autor está contemplada no próprio contrato pelo qual, como credor, adquirira a propriedade fiduciária, no qual ficou estabelecido o desdobramento da posse, tendo o então fiduciante a posse direta do imóvel e o autor, então fiduciário, a posse indireta. Na inicial, o autor deverá identificar o imóvel cuja posse constitui o objeto da ação.

O esbulho praticado pelo réu decorre da inexecução do contrato; como se viu, a lei só reconhece posse legítima ao fiduciante enquanto este se mantiver adimplente; a inexecução que comprova o inadimplemento decorre da certidão do Oficial do competente Registro de Imóveis que tiver implementado os procedimentos de intimação para purgação da mora.

303 THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, Rio, 7ª ed., 1993, vol. III, p. 141.

Ao exigir a indicação da data do esbulho, o Código de Processo Civil tem em vista a definição do tipo de interdito, se se trata de ação de força velha ou de força nova, e diz respeito somente à possibilidade de concessão de medida liminar, seguindo a primeira o rito ordinário e a segunda, um procedimento especial, em que se aprecia a medida liminar. Essa distinção, entretanto, perde significado para a ação de reintegração de posse da Lei 9.514/97, pois para essa hipótese está prevista a reintegração liminar independente da duração da posse, dado o caráter especial da medida. Dada sua adequação à natureza da posse nessa situação peculiar, é essa a interpretação que vem sendo adotada pela jurisprudência.³⁰⁴

Por fim, a perda da posse diz respeito à permanência do réu na posse do imóvel, sem título legítimo.

304 "Reintegração de posse. Compra e venda com financiamento imobiliário e pacto adjeto de sua alienação fiduciária em garantia. Inteligência do art. 30 da Lei nº 9.514/97. A Lei nº 9.514/97 é norma especial em relação ao Código de Defesa do Consumidor e, deste modo, prevalece sobre o aludido diploma legal. Ao exigir a indicação do esbulho, o Código de Processo Civil tem em vista a definição do tipo de interdito, se se trata de força velha ou de força nova, seguindo o primeiro o rito ordinário e a segunda um procedimento especial, em que se aprecia a medida liminar. Essa distinção, entretanto, perde significado para a ação de reintegração de posse da Lei nº 9.514/97, pois para esta hipótese está prevista a reintegração liminar independente da duração da posse, dado o caráter especial da medida. Decisão agravada casada, deferindo-se a excogitada reintegração possessória. Recurso provido." (TJERJ, 12ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 315/2004, decisão unânime, rel. Des. Celso Guedes).

"Alienação fiduciária. Bem imóvel. Reintegração de posse. Liminar. Requisitos. Preenchimento. Cabimento. Aplicação do art. 30 da Lei nº 9.514/97. Preenchidos os requisitos dos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97, de rigor a concessão da medida prevista no artigo 30 que assegura ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores a reintegração na posse do imóvel, a ser concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, ante comprovação da consolidação da propriedade em nome do fiduciário." (2º TA Civil de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 838.548-0/3, 11ª Câmara, decisão unânime, rel. Juiz Clóvis Castelo, julgamento em 15/03/2004).

A Lei 9.514/97 dispõe que a reintegração na posse do imóvel "... será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias..."

Dado que é medida que requer apreciação e decisão imediata, impõe-se sejam os fatos comprovados de maneira inequívoca, não se deixando margem a qualquer dúvida. No caso da Lei 9.514/97, a prova há de ser sempre documental, seja a prova da posse, que se faz por meio do contrato de alienação fiduciária, a da inexecução contratual que deu causa à perda do título por parte do fiduciante ou a da consolidação da propriedade, esta última que se faz mediante certidão do Registro de Imóveis.

É indispensável que a formulação do pedido se faça com absoluta precisão, notadamente quanto à descrição do imóvel, para que se forneçam ao juiz todos os elementos de que necessita para apreciar e deferir liminarmente o pedido, atentando-se para a orientação da jurisprudência, pela qual só se pode admitir o processamento de uma ação possessória quando o imóvel seja precisamente caracterizado pelo autor, pois, como adverte Humberto Theodoro Júnior, "a ação possessória somente se maneja com eficácia em torno de objeto adequadamente especificado."³⁰⁵

Ao despachar a inicial, o juiz deferirá liminarmente a reintegração, concedendo ao réu o prazo de sessenta dias para desocupação, só se escusando de deferi-la se não estiver comprovada a consolidação da propriedade no então fiduciário ou se não tiverem sido atendidos os demais requisitos dos arts. 282 e 927 do Código de Processo Civil.

Nos termos da lei processual, nos cinco dias subseqüentes ao deferimento do mandado liminar de reintegração deverá o autor promover a citação do réu para contestar a ação, que prosseguirá no rito ordinário.

305 JÚNIOR, Humberto Theodoro, ob. cit., p. 143.

4.4.11.2. Ação de despejo

Como se viu, a ação a que está legitimado o credor-fiduciário para recuperar a posse do imóvel, se o ocupante for o próprio devedor-fiduciante, é a de reintegração de posse, de acordo com o rito especial definido no art. 30 da Lei nº 9.514/97.

Entretanto, se o imóvel estiver ocupado por terceiro, a título de locação, a medida judicial própria para a desocupação é a ação de despejo.

Com efeito, se, por ocasião da consolidação da propriedade no fiduciário, o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade. A denúncia poderá ser feita pelo fiduciário ou por terceiro que tiver arrematado o imóvel no leilão.

É o que dispõe o § 7º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, que adota para a alienação fiduciária a mesma regra aplicável às locações de imóveis objeto de usufruto e fideicomisso, prevista no art. 7º da Lei nº 8.245/91, pelo qual a locação celebrada pelo usufrutuário ou pelo fiduciário poderá ser denunciada no prazo de noventa dias da extinção do usufruto ou do fideicomisso, salvo se tiver havido aquiescência escrita do nu-proprietário ou do fideicomissário. O legislador adotou deliberadamente a mesma regra tendo em vista que a similitude das situações comporta tratamento equivalente.

O nu-proprietário e o fideicomissário, assim como o credor-fiduciário, não podem ser locadores porque não têm o uso e gozo do imóvel, daí porque a relação obrigacional na locação de imóvel gravado com usufruto ou propriedade fiduciária tem, de um lado, o locatário, e, de outro lado, o usufrutuário, o fiduciário (no fideicomisso) ou o devedor-fiduciante (na alienação fiduciária).

Extinto o usufruto ou o fideicomisso, desaparecem as figuras do usufrutuário ou do fiduciário, desaparecendo, por-

tanto, o locador. O mesmo ocorre na relação fiduciária decorrente do contrato de alienação fiduciária: extinta a relação, desaparece o devedor-fiduciante. O fenômeno, entretanto, não importa na extinção da locação, observando Francisco Carlos da Rocha, a propósito do usufruto e do fideicomisso, “que a lei do inquilinato, protegendo o inquilino, afasta a extinção da relação jurídica de locação nessa hipótese. Determina sua continuidade com o nu-proprietário ou o fideicomissário, que se tornaram donos do imóvel. Assegura-lhes, apenas, o direito de denunciar a locação, decretando o rompimento do vínculo, desde que não tenham consentido, por escrito, na locação. O nu-proprietário – ou fideicomissário – que não consentiu no ajuste do qual participou o usufrutuário – ou o fiduciário – não está obrigado a respeitar e manter a locação” “Nesse caso”, ele conclui, “a lei permite-lhe romper o vínculo através de simples denúncia”.³⁰⁶

Se não for denunciada, a locação prosseguirá normalmente entre o fiduciário (ou aquele que tiver arrematado o imóvel no leilão) e o locatário.

Entretanto, se a locação for denunciada, seja pelo fiduciário ou pelo arrematante, e o locatário permanecer no imóvel, o meio judicial para se obter a desocupação é a ação de despejo, “seja qual for o fundamento do término da locação.”³⁰⁷

306 BARROS, Francisco Carlos de Rocha, *Comentários à Lei do Inquilinato*. São Paulo: Saraiva, 1995, ps. 26/27.

307 “Assim é, e deve ser, porque o objeto próprio da ação de despejo não tem índole possessória, mas, sim, o propósito de resolver a locação, seguindo-se a inteligência do consagrado princípio de que venda rompe locação. O adquirente, mesmo não sendo locador, tem o direito acionário de despejar o inquilino que se encontra no imóvel, por efeito de locação firmada com o alienante. Não, propriamente, para imitir-se na posse; a imissão será mera consequência da resolução necessária da locação. No caso vertente, o desfazimento da compra e venda com garantia fiduciária fez o imóvel retornar ao domínio do alienante, que, então, o encontrou locado a terceiro.” (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 2005.002.20836, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Jessé Torres, decisão unânime).

Não se pode cogitar de ação de reintegração de posse, até porque a posse do locatário não pode ser qualificada como ilegítima ou espúria.

Ao comentar a hipótese de extinção da locação nos casos de imóvel objeto de usufruto ou fideicomisso, Sylvio Capanema de Souza adverte: "mesmo que não mais exista a relação *ex locato*, em decorrência, por exemplo, da denúncia pelo novo adquirente, a ação de que ele dispõe para despedir o inquilino é a de despejo". E prossegue: "Decorrendo de locação a ocupação do imóvel, fica vedada a via possessória, para que o locador possa recuperar a sua posse. Na ação de despejo não se objetiva, propriamente, recuperar a posse perdida pelo locador, e sim dissolver o contrato de locação. Daí não se tratar de ação real, em que se discute posse ou domínio".³⁰⁸

É irrelevante o fato de o fiduciário ou o arrematante não integrar a relação locatícia. Tanto nesse caso, como no caso da extinção de usufruto e do fideicomisso e, ainda, na hipótese de alienação do imóvel pelo locador, durante a locação, prevista no art. 8º da Lei do Inquilinato, a denúncia é feita por quem não participou da relação obrigacional original, ao qual a lei confere legitimidade para a retomada, que se faz por meio de ação de despejo.

A denúncia deve ser feita no prazo de noventa dias a contar da consolidação da propriedade no patrimônio do fiduciário, concedendo-se ao locatário trinta dias para desocupação.

Para o locatário, o despejo é procedimento menos gravoso do que a reintegração de posse, pois, enquanto por aquela via a desocupação se dá após o trânsito em julgado da sentença, pela reintegração a desocupação é deferida liminarmente, no início do processo.

Importa notar que, enquanto permanecer na posse do imóvel, mesmo após a extinção da relação jurídica decorrente da alienação fiduciária, o locatário continuará obrigado ao pagamento dos aluguéis e encargos, só que em favor do credor-

308 SOUZA, Sylvio Capanema de, *A Nova Lei do Inquilinato Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 31/32.

fiduciário ou do arrematante do imóvel em leilão, pois estes sucedem o locador na relação locatícia.

4.4.11.3. Ações possessórias deferidas ao fiduciante

Estando o fiduciante investido na posse direta do imóvel, tem direito de defender sua posse, com os interdidos possessórios de manutenção, reintegração e proibição, nos termos dos arts. 924 a 933 do Código de Processo Civil.

Efetivamente, com o desdobramento da posse, o fiduciante conserva a posse direta sobre o imóvel, que se integra no seu direito expectativo e lhe assegura a mesma estrutura dos direitos a ela inerentes, mantendo-os, *enquanto adimplente*, nos termos do art. 24, IV.

Tendo, assim, o *ius possidendi*, o fiduciante pode defender sua posse direta em face de terceiros que a ameacem, turvem ou espoliem, inclusive em face do fiduciário, que é possuidor indireto. Além disso, considerando que é titular de direito expectativo à propriedade, o fiduciante está legitimado às ações reais contra quem afronte esse direito.

As ações possessórias asseguradas ao fiduciante não são tratadas de maneira específica pela Lei 9.514/97, seguindo, pois, a regra geral da lei instrumental.

Nestas condições, para obter as medidas que lhe são asseguradas, cumpre ao fiduciante provar: (1º) *na ação de manutenção de posse*: a) a sua posse; b) a turbação praticada pelo réu; c) a data da turbação; d) a continuação da posse, embora turbada; (2º) *na ação de reintegração de posse*: a) a sua posse; b) o esbulho praticado pelo réu; c) a data do esbulho; d) a perda da posse; (3º) *na ação de interdito proibitório*: a) a sua posse; b) a ameaça da turbação ou esbulho por parte do réu; c) a data da ameaça; d) o justo receio de ser efetivada a ameaça.

A legitimidade ativa para a ação é, obviamente, do fiduciante, que detém a posse a justo título, decorrente que é da própria lei, pois, como já se viu, “com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto” (Lei nº 9.514/97, art. 23, parágrafo

único), assegurando ao fiduciante, em consequência, “enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária” (art. 24, IV). Pode o fiduciante, eventualmente, ceder a posse do imóvel, por exemplo, mediante locação, e neste caso a legitimação será do locatário. Tratando-se de posse direta, a legitimação decorre igualmente da regra do art. 1.197 do Código Civil, que assegura o exercício dos interditos, como são os casos do usufruto, da locação, do penhor, do comodato etc, inclusive contra o possuidor indireto.

Legitimado passivamente é quem quer que implemente ameaça ou espoliação à posse do fiduciante.

A petição inicial da ação possessória deverá, além dos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, especificar, nos termos do art. 927 da mesma lei instrumental, ainda:

- I — a posse do autor, sua duração e seu objeto;
- II — a turbção, o esbulho ou a ameaça imputados ao réu;
- III — a data da turbção ou do esbulho;
- IV — a continuação da posse, embora turbada ou ameaçada, nos casos de manutenção ou de interdito proibitório, e a perda da posse, no caso de reintegração.

Importa que a prova seja produzida na petição inicial de maneira inequívoca, pois, tratando-se de fatos, como são a posse, o esbulho, a turbção e a respectiva data, só em casos raros é que a prova pode ser feita documentalment, sendo, na maioria das vezes, apoiada em declarações.

Por isso mesmo, prevê o art. 928 do Código de Processo Civil que o juiz poderá deferir liminarmente a manutenção ou a reintegração se o autor tiver fornecido prova documental suficiente para demonstração dos requisitos do art. 927, ou, então, não havendo essa prova convincente, poderá o juiz determinar a realização de audiência de justificação, para a qual será citado o réu.

A prova da posse do fiduciante está retratada no contrato de alienação fiduciária, pelo qual, em razão do desdobramento da posse, conservou a posse direta do imóvel, e nos comprovantes de que está adimplente em relação ao aludido contrato (art. 24, IV).

A identificação do imóvel deve ser precisa, pois um dos requisitos essenciais da petição inicial é a descrição do imóvel cuja posse constitui o objeto da ação.

A prova da posse e da data em que se teria dado o atentado a ela são de fundamental importância, pois é dessa prova que decorrerá o direito do autor de se ver mantido ou reintegrado liminarmente, sem audiência do réu, se o atentado tiver ocorrido a menos de um ano e um dia. Como se sabe, as ações de manutenção e de reintegração variam de rito conforme sejam intentadas a menos de ano e dia ou depois de ultrapassado esse prazo, assegurando-se o deferimento liminar no primeiro caso e seguindo o rito ordinário no segundo.

4.4.11.4. Ação de cumprimento de obrigação de fazer

A propriedade fiduciária caracteriza-se pelo fato de estar subordinada a uma condição resolutiva, qual seja, o pagamento da dívida por parte do fiduciante.

Na dinâmica do negócio de alienação fiduciária, como já dito, a garantia que se constitui em favor do credor é a propriedade fiduciária, de modo que o fiduciário tem a propriedade apenas para garantia do financiamento e enquanto haja débito pendente do fiduciante.

De outra parte, tem o fiduciante o direito real de aquisição do imóvel, que lhe assegura a recuperação da propriedade plena, em caráter definitivo, quando concluir o pagamento do financiamento.

Trata-se de direito expectativo, que extrapola os limites do direito obrigacional e configura-se como direito real, criando para o fiduciário a obrigação de, uma vez satisfeito seu crédito, dar quitação ao fiduciante e entregar-lhe o respectivo termo de quitação, no prazo de trinta dias do pagamento, viabilizando o cancelamento do gravame fiduciário e, em consequência, a reversão da propriedade plena ao patrimônio do fiduciante.³⁰⁹

309 "Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel. § 1º No prazo de

O fiduciante, assim, tem sua garantia na condição resolutive, que importa na automática reversão da propriedade para si, e para assegurar a efetividade da reversão a Lei nº 9.514/97 impõe ao fiduciário multa para o caso de não lhe dar quitação e fornecer o respectivo termo.

Mas, independentemente da multa pelo atraso na outorga do termo de quitação, a lei assegura ao fiduciante a ação de cumprimento de obrigação de fazer, nos termos do art. 632 e seguintes do Código de Processo Civil,³¹⁰ na qual poderá requerer seja o fiduciário condenado a fornecer o termo de quitação para viabilizar o cancelamento da propriedade fiduciária, produzindo a sentença o mesmo efeito da quitação que deveria ser dada.

Tem legitimidade para propor a ação o fiduciante, seu cessionário ou sucessores, na medida em que, por efeito de eventual cessão, o cessionário se sub-roga nos direitos e nas obrigações do fiduciante (Lei nº 9.514/97, art. 29).

Ao dispor sobre a possibilidade de o fiduciante transmitir os “direitos de que seja titular,” a lei refere-se ao direito real de aquisição, que decorre da condição resolutive, de modo que, quem quer que venha a substituir o fiduciante na relação fidu-

trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.”

310 Nas primeiras edições deste trabalho, o dispositivo legal indicado foi o art. 639 do CPC. A despeito de eventuais controvérsias quanto a essa situação – se se trata de obrigação de fazer ou de dar –, entendemos que o objeto da ação é obrigação de fazer, isto porque corresponde a um *procedimento*, isto é, o ato do credor de declarar a quitação da dívida. É que “enquanto nas obrigações de dar a prestação incide sobre *coisas*, nas obrigações de fazer ou não fazer o objeto da relação jurídica é um *procedimento* do devedor” (Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 159). A qualificação, entretanto, não parece ser tão relevante. Veja-se, por exemplo, que, ao tratar da antecipação de tutela nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações de fazer e de dar, os arts. 461 e 461A dão a ambas o mesmo tratamento quanto aos seus efeitos.

ciária estará investido desse direito expectativo e sub-rogado nas obrigações imputáveis à figura do fiduciante, daí porque, pagando a dívida e seus encargos, legitima-se à ação que tenha como objeto o cumprimento da obrigação do fiduciário de dar a quitação que enseja a resolução da propriedade fiduciária e, bem assim, a de fornecer o respectivo "termo de quitação" com base no qual se efetiva o assentamento, no Registro de Imóveis, da reversão da propriedade ao fiduciante.

A par dos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial deverá ser instruída com a prova da quitação da dívida e de todos os encargos contratuais. Essa prova é indispensável, pois é dela que decorre a contraprestação do fiduciário de outorgar o termo de quitação a que se refere o § 1º do art. 25.

Como nas hipóteses, em geral, alcançadas pelo art. 273 do Código de Processo Civil, também neste caso é admitida a antecipação da tutela, obviamente com as cautelas determinadas pela lei, para evitar o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, como seria o risco de se frustrar a garantia fiduciária, pois, obtendo a liberação da propriedade, poderá o fiduciante vendê-la e esvaziar seu patrimônio, de modo que, se ainda houver alguma controvérsia quanto à quitação, e vier a se comprovar, no curso do processo, que pendia de pagamento alguma parcela da dívida ou algum encargo, inclusive relativo a impostos, taxas e contribuições condominiais, a dívida pendente estaria desprovida de qualquer garantia em caso de decisão antecipatória do mérito.

Independentemente da antecipação do art. 273, há, ainda, em favor do fiduciante, a possibilidade da concessão da tutela específica prevista no art. 461 do Código de Processo Civil, pela qual poderá o juiz, a qualquer momento do processo, determinar ao fiduciário que dê a quitação e forneça ao fiduciante o respectivo termo. A multa pela demora no cumprimento da obrigação é aquela estabelecida no § 1º do art. 25 da Lei 9.514/97, mas se o devedor provar que sofreu perdas e danos, fará jus à correspondente reparação, "sem prejuízo da multa." (CPC, § 2º do art. 461).

Por efeito do curso regular do processo, a sentença que condenar o fiduciário à outorga do termo de quitação, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos desse termo e viabilizará para o fiduciante, definitivamente, a reversão da propriedade fiduciária.

4.4.12. Atos do Registro de Imóveis

Os atos concernentes à alienação fiduciária de bens imóveis, desde a celebração do contrato até o cancelamento da propriedade fiduciária ou sua consolidação na pessoa do fiduciário, só terão plena eficácia perante terceiros após o assentamento no Registro de Imóveis da circunscrição em que estiver localizado o imóvel objeto do negócio, na linha dos princípios consagrados nos arts. 1.245 e seu § 1º do Código Civil,³¹¹ que dizem respeito (1º) à *publicidade*, pelo qual se assegura a validade e eficácia dos direitos reais *erga omnes*, (2º) à *continuidade*, pelo qual, em relação a cada imóvel adequadamente individuado, deve existir uma *cadeia de titularidade*, à vista da qual só se fará o registro de uma alienação se o outorgante desse ato de alienação figurar na matrícula do imóvel, do Registro de Imóveis, como titular daquele imóvel, e (3º) à *prioridade*, pelo qual, num concurso de direito real sobre imóvel, os assentamentos constantes do registro não ocupam todos o mesmo posto, mas se graduam ou se classificam segundo uma relação de precedência fundada na ordem cronológica do seu aparecimento ou de sua apresentação ao Registro.

Coerentemente com esses princípios, a Lei nº 9.514/97, ao tipificar a alienação fiduciária de bens imóveis, dispõe que *pelo negócio de alienação se contrata* a transferência da propriedade de um imóvel, para efeito de garantia (art. 22), mas é *pelo registro é que se constitui a propriedade fiduciária* (art. 23).

311 "Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel."

Dados esses princípios fundamentais do Registro de Imóveis, importa também que se tenham presentes os traços conformadores dessa nova modalidade de direito real que é a propriedade fiduciária.

Define a lei a *propriedade fiduciária* como *propriedade resolúvel*, vale dizer, aquela cuja causa *encerra em si mesma um princípio ou condição resolutiva do mesmo domínio*³¹². Não tem o proprietário, assim, aquilo que Teixeira de Freitas denomina *domínio perfeito*, que se caracterizaria pelo “direito real perpétuo de uma só pessoa sobre uma coisa própria, mas, sim, um domínio imperfeito, subordinado a durar somente até o cumprimento de uma cláusula ou condição resolutiva, ou até o vencimento de um prazo resolutivo, para o efeito da restituição da coisa a seu antigo dono, ou a quem o representar, ou domínio fiduciário ou fideicomisso singular, que é o subordinado a durar somente até o cumprimento de uma condição resolutiva, ou até o vencimento de um prazo resolutivo, mas para o efeito da restituição da coisa a um terceiro.”³¹³

Disso deflui que a propriedade fiduciária transmitida ao credor, nos termos dos arts. 22 e seguintes da Lei 9.514/97, tem somente a finalidade de garantia e, portanto, só há de durar até que se implemente a condição resolutiva, concernente ao pagamento da dívida decorrente do financiamento; verificando-se essa condição (pelo pagamento da dívida), a propriedade fiduciária do credor extinguir-se-á, revertendo automaticamente ao fiduciante, ou seus sucessores; ao se efetivar a reversão, a propriedade estará plenamente incorporada ao patrimônio daquele em favor de quem se reverteu (o fiduciante ou seus sucessores).

A partir desses princípios, desde logo se vislumbra a dinâmica do direito de propriedade de um imóvel, ao longo da vida de um contrato de empréstimo que o tem como garantia: (1º) à vista do contrato de alienação fiduciária, o Oficial do Registro efetivará o registro da transmissão fiduciária na matrícula do

312 PEREIRA, Lafayette Rodrigues, ob. cit., p.113.

313 *Esboço*, arts. 4.300 e 4.314.

imóvel objeto da garantia (Lei 9.514/97, art. 23; LRP, art. 167, I, 35); (2º) decorrido o prazo contratual, e tendo o devedor-fiduciante pago a dívida, resolve-se a propriedade fiduciária, daí porque o Oficial averbará seu cancelamento, à vista do *termo de quitação* fornecido pelo credor-fiduciário, com firma reconhecida (Lei 9.514/97, art. 25, § 2º, LRP, art. 221, II).

A título de ilustração, e apenas a esse título, permitimo-nos apresentar esboço daqueles que poderiam ser os atos de registro a serem praticados no Registro de Imóveis,³¹⁴ isto é:

Financiamento, aquisição do imóvel e sua alienação fiduciária

IMÓVEL — Rua _____, nº _____,
no _____ Distrito do município de _____, Estado de _____,
compreendendo prédio próprio para moradia e
respectivo terreno, que mede _____ m de largura na frente,
igual largura nos fundos, por _____ m de extensão de frente a
fundos, por ambos os lados, confrontando à direita com o
prédio nº _____, à esquerda com o prédio nº _____ e nos fundos
com o prédio nº _____ da Rua _____, sendo o prédio
composto de _____, com área
construída de _____ m². **PROPRIETÁRIOS** — _____

314 Esses esboços foram elaborados logo após a promulgação da Lei nº 9.514/97 e acrescentados na 1ª edição deste trabalho, em 1998, por sugestão da Diretoria do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB, como forma de fornecer subsídios preliminares aos registradores, tendo em vista que a propriedade fiduciária imobiliária era, então, uma figura jurídica inovadora, sobre a qual ainda não havia sido feito nenhum assentamento nos Serviços de Registro de Imóveis. Ao formular esses esboços colhi sugestões nos debates de que participei no IRIB, ao discutir o anteprojeto de lei, em meados de 1997, e depois de promulgada a lei, tendo contado com a colaboração dos Drs. Gilberto Valente da Silva (*in memoriam*), que foi titular da 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, Capital, e Consultor Jurídico do IRIB, Geraldo Mendonça, Oficial do Registro de Imóveis do 1º Ofício do Rio de Janeiro, Capital, e Ubirayr Ferreira Vaz, Oficial do Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição do Registro de Imóveis de Duque de Caxias, RJ.

de transmissão *inter vivos*, bem como do laudêmio, se for o caso, e requerer ao Oficial a averbação da consolidação de sua propriedade, instruindo o requerimento com o comprovante do pagamento do imposto e do laudêmio e com original do dossiê da notificação (LRP, art. 221).

À vista desse requerimento, averba-se a consolidação:

Av. / ____ — CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE — A
propriedade do imóvel desta matrícula ficou consolidada
no fiduciário, nos termos § 7º do art. 26 da Lei nº
9.514/97, conforme requerimento do fiduciário, Banco
_____, qualificado no R. ____ desta matrícula, instruído
com a notificação feita aos fiduciários _____
e sua mulher e com o comprovante do pagamento do im-
posto de transmissão. O imposto de transmissão, no valor
de R\$ _____, foi pago em ____/____/____, pela guia nº
_____, recolhida ao Banco _____, com autenticação mecâ-
nica
nº _____.

Venda do imóvel pelo fiduciário - Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, deverá o fiduciário, no prazo de trinta dias, promover público leilão para sua venda, nos termos do art. 27 da Lei 9.514/97.

Concretizada a venda, procede-se ao respectivo registro:

R. - _____ — **COMPRA E VENDA** — O Banco _____
vendeu a _____ (qualificação) _____
o imóvel objeto desta matrícula, pelo valor de R\$ _____,
nos termos do instrumento particular de _____/_____/_____,
contendo auto de leilão realizado pelo Leiloeiro Público _____ em _____/_____/_____ em primeira
praça e em _____/_____/_____ em segunda praça, cujas pe-

Av. _/____ — CESSÃO DE CRÉDITO — O crédito constituído por meio do contrato registrado sob o nº ____ desta matrícula foi cedido pelo fiduciário à Companhia Securitizadora _____, pelo valor de R\$ _____, com todos os seus acessórios, por instrumento de __/__/__, passando a Companhia cessionária a figurar como titular do crédito e proprietária fiduciária do imóvel desta matrícula. _____, __/__/__ .x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.*

Av. _/____ — CONSTITUIÇÃO DE REGIME FIDUCIÁRIO SOBRE CRÉDITOS — A Companhia Securitizadora _____ instituiu o regime fiduciário sobre o crédito constituído no R. __ desta matrícula, vinculando esse crédito aos Certificados de Recebíveis Imobiliários — CRI identificados no “Termo de Securitização de Créditos” datado de __/__/__, de acordo com os arts. 9º e seguintes da Lei 9.514/97. _____, __/__/__ .x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.*

Av. _/____ — CANCELAMENTO DE REGIME FIDUCIÁRIO — Fica cancelado o regime fiduciário sobre o crédito garantido pela propriedade fiduciária do imóvel desta matrícula, instituído na Av. __, nos termos do requerimento da Companhia Securitizadora _____, instruído com o “Termo de Quitação” exarado pelo Agente Fiduciário _____, datado de __/__/__, de acordo com o art. 16 da Lei nº 9.514/97. _____, __/__/__ .x.x.x.x.x.x.x.x.*

Cessão do direito de aquisição — Independentemente do curso que siga o crédito fiduciário, poderá o fiduciante, com a anuência do credor-fiduciário, ceder seus direitos à aquisição do imóvel. Como se sabe, o fiduciante é titular um *direito real de aquisição*, que se concretiza com a conclusão do pagamento e mediante simples cancelamento do registro

da propriedade fiduciária,³¹⁵ sendo transferíveis esses direitos, nos termos do art. 29 da Lei nº 9.514/97, hipótese em que o cessionário assume as obrigações decorrentes do contrato de financiamento. Nesse caso, o cessionário substituirá o cedente na relação jurídica com o credor-fiduciário, tornando-se, portanto, titular de direito real à aquisição do imóvel e devedor na relação creditícia decorrente do financiamento. Muito embora não esteja explícito, em lei, qual o ato a ser praticado no Registro de Imóveis, no que concerne à cessão, não há dúvida de que se trata de registro na matrícula do imóvel, e não averbação, pois a cessão visa a transmissão de direito real imobiliário; para efeito de assentamento no Registro, trata-se de hipótese análoga à da promessa de compra e venda de imóvel, ou da cessão desses direitos, para as quais a Lei de Registros Públicos prevê o registro (LRP, art. 167, I, 9, 18 e 20), que poderia ter o seguinte esboço:

R./_____ — **CESSÃO DE DIREITOS** — O fiduciante,
com a anuência do credor-fiduciário, transmitiu a

(qualificação) os direitos de que é titu-
lar sobre o imóvel objeto desta matrícula, assim como as
suas obrigações decorrentes do empréstimo fiduciário, nas
condições do contrato, pelo valor de R\$ _____.
_____, ____/____/____.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x*

Uma vez resgatada a dívida, dar-se-á o cancelamento do gravame fiduciário e a reversão da propriedade plena ao cessionário, pois, em virtude da cessão, este foi investido do direito real de aquisição da propriedade, sob condição suspensiva. A regra do art. 29 da Lei 9.514/97 não deixa margem a

315 V. capítulo *natureza jurídica dos direitos do devedor-fiduciante e do credor-fiduciário*.

qualquer dúvida: sendo o fiduciante titular de um direito real de aquisição da propriedade, cuja concretização dar-se-á mediante o pagamento da dívida, transmitirá esse direito de aquisição e as obrigações que lhe são corresponsivas, de forma que o cessionário (novo fiduciante) substitui o cedente (antigo fiduciante) em todos os seus direitos e obrigações, passando a figurar como fiduciante na relação fiduciária respectiva. O cessionário, assim, torna-se titular de direito de aquisição da propriedade plena, que passará a lhe pertencer mediante o implemento da condição e à vista do termo de quitação que lhe será fornecido pelo credor-fiduciário ao concluir o pagamento. Na hipótese, o cessionário (novo fiduciante) goza de situação mais confortável do que o cessionário de direitos decorrentes de promessa de compra e venda, pois, enquanto neste caso o cessionário dependeria de um ato de disposição de domínio, emitido pelo titular desse domínio (promitente vendedor), no caso da alienação fiduciária basta que se averbe o "termo de quitação" para que se cancele a propriedade fiduciária e se transmita a propriedade plena ao cessionário.

Os atos acima são esboçados apenas com vistas a uma preliminar composição do quadro geral das formalidades inerentes à alienação fiduciária, e não têm pretensão de modelar a atividade registrária ou interferir por qualquer forma no campo de atuação dos Oficiais de Registro de Imóveis. Com essa ressalva, manifestamos desde logo nossas escusas em razão de alguma imperfeição ou omissão, pois, tratando-se apenas de esboço preliminar, elaborado antes que houvesse qualquer experiência prática relacionada à propriedade fiduciária sobre bens imóveis e à securitização de créditos imobiliários, contempla tão-só alguns traços básicos dos negócios relacionados a essa matéria, o que fizemos sem a preocupação de esgotar todas as hipóteses de registro, conscientes, ainda, obviamente, de que o desenvolvimento dos negócios poderá ensejar a efetivação de outros assentamentos, inclusive como desdobramento dos que acabamos de enumerar.

4.4.13. Insolvência

A transmissão da propriedade, por efeito do contrato de alienação fiduciária, se faz sob condição resolutiva expressa.

Dada essa configuração, ao se contratar a alienação fiduciária, fica convencionado que a propriedade do bem objeto do negócio é transmitida ao credor (fiduciário), mas de modo limitado, com exclusão de certos poderes, pois a transmissão está subordinada a uma condição resolutiva. Desta forma, o fiduciário não pode usar a propriedade no seu interesse próprio, apenas a conservando-a para fins de garantia e não podendo destiná-la a outro fim que não seja o de garantia. A limitação de que se reveste o direito de propriedade do fiduciário é a garantia do fiduciante, que pode ficar seguro de que aquele bem não terá outra destinação a não ser a garantia de sua dívida e de que pagando a dívida terá ele, fiduciante, a recuperação do bem, independentemente da vontade do fiduciário. A garantia do fiduciante tem efeito real, trata-se de um direito expectativo de caráter real, valendo contra terceiros, daí porque, ocorrendo a falência do fiduciário, "deve o síndico proceder como se fora o próprio titular da propriedade resolúvel (...) a condição resolutiva vale contra os credores do fiduciário, visto que a propriedade foi transferida unicamente para o fim de garantia, não para uso ou gozo do seu titular provisório, tanto assim que se extingue."³¹⁶

Nestas condições, ocorrendo a falência do fiduciário, não se extingue a relação jurídica decorrente da alienação fiduciária, assumindo a massa falida a posição do falido e mantendo-se o direito expectativo do fiduciante. Assim, se o fiduciante pagar, obterá a propriedade plena do imóvel, mas, ao contrário, se o fiduciante não pagar, sujeita-se aos efeitos da mora e, portanto, poderá perder seu direito à obtenção da proprieda-

316 GOMES, Orlando, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 142.

de, hipótese em que caberão, normalmente, os procedimentos de intimação para purgação da mora e consolidação da propriedade no fiduciário, na forma do art. 27 da Lei 9.514/97.

Quanto à hipótese de insolvência do devedor/fiduciante, a solução está disciplinada na lei de forma explícita, assegurando ao fiduciário a restituição do imóvel, na forma da legislação pertinente (art. 32), isso porque, ao se contratar a alienação fiduciária e se constituir a propriedade fiduciária em nome do credor-fiduciário, o bem objeto do negócio foi excluído do ativo do devedor-fiduciante e, portanto, não faz parte da massa.

A eventualidade de concordata de qualquer dos contraentes não afeta o curso normal do contrato de empréstimo, nem os efeitos da garantia fiduciária.

De fato, sendo o contrato garantido por propriedade fiduciária, que é garantia real, a ele não se aplicam os efeitos da concordata.

Nestas condições, se o devedor-fiduciante incidir em concordata, continuará responsável pelo pagamento integral da dívida, devendo prosseguir normalmente os pagamentos das parcelas de amortização, juros e demais encargos da dívida, até sua integral satisfação, exatamente nos termos em que foi contratado. Pela mesma razão, sujeita-se o devedor-fiduciante aos efeitos de sua mora ou de seu inadimplemento, podendo contra ele ser ajuizadas as ações cabíveis.

Também a concordata do credor não altera seus direitos creditórios, nem sua obrigação de restituir o bem, uma vez paga a dívida. Assim, o credor-fiduciário concordatário faz jus ao completo recebimento das parcelas do seu crédito, até final; satisfeito o crédito, dá-se o cancelamento de sua propriedade fiduciária, revertendo ao devedor-fiduciante a propriedade plena do bem que servia de garantia. Se o devedor incidir em mora ou tornar-se inadimplente, estará o credor-fiduciário concordatário legitimado a promover todas as medidas

legais necessárias à proteção do seu direito e ao recebimento do seu crédito.

A legislação que disciplina a recuperação e falência da sociedade empresária e do empresário (Lei nº 11.101, de 2.8.2005, § 3º do art. 49) exclui dos efeitos do procedimento de recuperação os créditos garantidos por propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, vedando, entretanto, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.³¹⁷

Permanecendo afastado dos efeitos da recuperação judicial da empresa devedora, o crédito do credor-fiduciário continuará seguindo seu curso normal até a integral extinção da dívida, quando se dará o cancelamento da propriedade fiduciária. Se a empresa se colocar em mora ou tornar-se inadimplente, estará o credor legitimado a adotar os procedimentos previstos na legislação especial que disciplina os meios de realização da garantia fiduciária. A exclusão da propriedade fiduciária dos efeitos da recuperação da empresa decorre, também, da aplicação do inciso IX do art. 119 da mesma Lei nº 11.101/2005, que dispõe genericamente sobre a exclusão dos patrimônios de afetação, em geral, dos efeitos da falência. Com efeito, estão configuradas de acordo com o regime de afetação todas as espécies de garantia fiduciária, sejam aque-

317 Lei nº 11.101, de 2.8.2005: "Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...) § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial."

las que tenham por objeto os bens móveis ou imóveis como aquelas constituídas sobre direitos, sobre móveis ou imóveis, e títulos de crédito, para as quais esse dispositivo dispõe que esses “bens, direitos e obrigações” permanecerão separados, prosseguindo o curso normal dos respectivos contratos até o cumprimento da finalidade da afetação, isto é, da garantia fiduciária.³¹⁸

4.4.14. A garantia fiduciária à luz dos princípios do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor — CDC

4.4.14.1. Os princípios fundamentais da defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 4º e 5º)

Inspirada no art. 5º, XXXII, e no art. 170, V, da Constituição, a Lei nº 8.078, de 1990 — Código de Defesa do Consumidor — enuncia os princípios fundamentais da defesa do consumidor, destacando-se o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, sempre com base na boa-fé e no equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores. Nesse sentido, o CDC visa coibir a prática de abusos contra o consumidor, contemplando novos mecanismos de proteção para hipóteses que a sistemática então vigente não tinha resposta adequada. Com o CDC, o direito positivo brasileiro mitigou o princípio da liberdade con-

318 Lei nº 11.101, de 2.8.2005: “Art. 119. ... IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.”

tratual ao vedar certas cláusulas contratuais tidas como abusivas, considerando-as nulas de pleno direito, bem como o princípio da força obrigatória do contrato, permitindo a modificação ou revisão da cláusula contratual.

O CDC, efetivamente, dotou o contrato de mecanismos de compensação de eventuais desequilíbrios, em situações de desvantagem do consumidor em face do fornecedor, dada a densidade social de que se reveste a relação de consumo na sociedade atual, visando manter “o equilíbrio entre as prestações de ambas as partes, que deve existir nos contratos comutativos, com base nos princípios da boa-fé e da lealdade entre os contratantes. A presença desses mecanismos, entretanto, não implica o rompimento do CDC com os princípios, conceitos e institutos do direito tradicional, significando, apenas, que o novo ordenamento veio conferir prioridade especial à defesa do consumidor, à luz da equidade e da boa-fé.”³¹⁹

Justifica-se o exame da eventual incidência do CDC na formação e na execução do contrato de alienação fiduciária pelo fato específico de que esse contrato — alienação fiduciária — está referido de maneira explícita no art. 53 do CDC. É exclusivamente esse o enfoque da presente reflexão.

4.4.14.2. A prevalência das leis especiais novas em face do CDC

De plano, importa confrontar e qualificar as normas legais em questão, definindo aquela que se aplica ao caso.

Ao ser entronizado no direito positivo brasileiro, o CDC provocou, basicamente, duas ordens de questionamento: *primeiro*, se teria revogado determinados dispositivos dos Códigos Civil e Comercial, já que, aparentemente, contemplava diferentes soluções para situações já contempladas por aque-

319 WALD, Arnoldo, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 522.

les Códigos, e, *segundo*, como seriam vistas as normas especiais posteriores, em face do CDC.³²⁰

À vista dos princípios gerais de vigência da norma jurídica, pode-se dizer que o CDC tem duas faces: uma de *lei especial*, na medida em que impõe regras para relações contratuais ou extracontratuais exclusivamente entre pessoas definidas como consumidores e fornecedores; e outra de *lei geral*, na medida em que prevê que os princípios da boa-fé e do equilíbrio sempre regerão toda e qualquer relação jurídica, sem discriminar espécies de contrato.

Em relação aos Códigos Civil e Comercial, o CDC é lei especial, pois só trata das relações das pessoas enquanto consumidoras ou fornecedoras. Observe-se que o CDC só trata de determinados aspectos dos contratos de consumo, como, por exemplo, o dever de informação, vícios, abusividade etc, não tocando nos aspectos estruturais e funcionais das diversas espécies de contrato. Não há, portanto, que se falar em revogação das normas dos Códigos Civil e Comercial, verificando-se, eventualmente, casos de antinomia real, em que deverá ser identificada a norma adequada para o caso específico, afastada a aplicação da outra, mas mantida a coexistência de ambas.

De outra parte, em relação a leis especiais como, por exemplo, a Lei 9.514/97, que institui a alienação fiduciária de bens imóveis, o CDC é *lei geral*, devendo ser vista sob a perspectiva dos princípios de equidade e boa-fé, que incidem sobre quaisquer relações contratuais, e não sob a perspectiva de

320 Em casos como o presente, eventualmente suscitam-se contradições aparentes ou contradições reais. Não se trataria de revogação, mas eventualmente de *antinomia*; uma lei não morrerá em face de outra, mas permanecerá viva e latente, coexistindo com a lei nova, exigindo do aplicador ou a compatibilização dos dispositivos (*antinomia aparente*) ou a escolha de uma delas, afastando a aplicação da outra (*antinomia real*). Dir-se-ia que a revogação atinge o plano da existência da norma jurídica, enquanto que a antinomia atingiria o plano da eficácia, vale dizer: a norma não se aplica ao caso em exame, mas nem por isso desaparece do direito positivo.

norma peculiar sobre determinada espécie de contrato. A Lei 9.514/97 dispõe sobre determinada espécie de contrato, com disciplina própria; sabendo-se que, em caso de antinomias, prevalece a norma especial sobre a norma geral, é a Lei 9.514/97 que deve prevalecer sobre o CDC, observados os princípios da equidade e da boa-fé contemplados na legislação de proteção do consumidor.

É nesse sentido que, referindo-se à lei especial sobre as incorporações imobiliárias, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em voto proferido em recurso especial de que foi relator, chama a atenção para a aplicabilidade da lei especial que disciplina o contrato, naquilo que ele tem de específico, salientando que, apesar da incidência dos princípios gerais trazidos pelo CDC, “o contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64)”, e observando que a eventual aplicação do CDC a essa espécie de contrato se daria por força dos princípios gerais que o CDC introduzira no sistema civil, entre eles o da justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé objetiva.³²¹

A clarividência e objetividade com que o Ministro Ruy Rosado aprecia a enunciação, num microsistema, de princípios gerais, aplicáveis a todo o sistema, justifica e recomenda a reprodução do seguinte trecho do seu voto: “O CODECON traça regras que presidem a situação específica do consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do Direito das Obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho a lei do microsistema enunciar os princípios gerais para o sistema, mas é isso o que acontece no caso, por razões várias, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislado normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência, introduzindo na relação obrigacional a prevalência da idéia da justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé. É certo

321 REsp 80036-SP, j. 12.2.1996.

que, no que lhe for específico, o contrato de incorporação continua regido pela lei que lhe é própria, mas os princípios gerais são os mesmos do sistema civil, entre eles os do CODECON, inclusive para o caso de responsabilidade do fornecedor e extinção da relação contratual.”

É nesse sentido a lição de Cláudia Lima Marques, que, ao examinar as antinomias em face do CDC, observa que se “ambas as leis permanecem no sistema haveria prevalência da lei especial. (...). A jurisprudência tende a conceder prevalência às normas especiais, sempre que não em conflito com a Constituição,” salientando a prevalência da lei especial, quando posterior, *verbis*: “A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes, normas diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores, mas compatíveis e conciliáveis com estas. Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de conduta gerais e estabelece princípios, raros serão os casos de incompatibilidade. Se, porém, os casos de incompatibilidade são poucos, nestes há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia. (...) Assim, o CDC como lei geral de proteção dos consumidores poderia ser afastado para a aplicação de uma lei nova especial para aquele contrato ou relação contratual, como no caso da lei sobre seguro-saúde, se houver incompatibilidade de preceitos”.³²²

É exatamente o caso: a Lei nº 9.514/97 é norma especial nova em relação ao CDC e, portanto, prevalece sobre o referido Código, ressalvadas as cláusulas gerais, que são aplicáveis a toda espécie de contrato.

A propósito, lembre-se que o fato de as cláusulas gerais terem sido introduzidas no sistema civil pelo CDC antes de enunciadas no novo Código Civil contribuiu, em certa medida, para suprir importante lacuna deixada pela demora na

322 MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 247.

atualização desse Código, como registra Antônio Junqueira de Azevedo: “A demora na atualização do Código Civil fez com que o Código de Defesa do Consumidor, de uma certa forma, viesse preencher a vasta lacuna que, no campo do direito privado brasileiro, a doutrina e a jurisprudência percebiam há muito tempo. Na impossibilidade de encontrar, no velho Código Civil, base para o desenvolvimento teórico do que há de mais apto para transformar o sistema fechado em sistema aberto – por exemplo, a referência expressa a cláusulas gerais, como a da boa-fé, e a princípios jurídicos, como o da exigência da igualdade real nos negócios jurídicos –, é no Código de Defesa do Consumidor que se pode encontrar um *ersatz* do Código Civil que não veio ou, no mínimo, um ponto de apoio para alavancar a atualização, eis que tudo que ocorre num microsistema, como o do consumidor, deve repercutir, dependendo do esforço do ‘estamento jurídico’, em todo o ordenamento.”³²³

Com efeito, ao dispor sobre a proteção contratual, no Capítulo VI, o CDC estruturou um regulamento de cláusulas gerais, fundado nos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato, de aplicação generalizada a todas as espécies de contrato em que se verifique o pressuposto da vulnerabilidade, quando haja desnível entre os contratantes, de modo que aquelas cláusulas gerais, por consubstanciar os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato, aplicam-se a toda espécie de contratos, pouco importando sejam regulados por leis especiais. Um desses casos, como exemplifica Cláudia Lima Marques, é o do contrato de transporte aéreo: “o espírito protetor do CDC exige que suas normas sobre cláusulas abusivas sejam aplicadas para anular cláusula presente em contrato de transporte aéreo, que exclui o direito de inde-

323 AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor; estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum*. In: “Revista de Direito do Consumidor”, n. 18, abril/junho, 1996, p. 22.

nização do consumidor por vícios ou fato do serviço, mesmo que a cláusula fosse permitida pela lei específica.”³²⁴

A materialização do *espírito protetor* do CDC, assim, se esse vier a incidir para suprir eventuais lacunas do regime especial do contrato de alienação fiduciária, haveria de efetivar-se pela atuação das cláusulas gerais, pois, como observa Sylvio Capanema de Souza: “os princípios que sustentam o CDC, notadamente os da boa-fé objetiva e da equidade, acabam se expandindo para os contratos em geral sempre que se verificar a vulnerabilidade do contratante mais fraco. O contrato tem que estar impregnado da boa-fé: a redação do contrato tem que ser mais acessível ao homem médio; nos contratos por adesão, o contratante tem que ser informado antecipadamente de todas as características do negócio, não se admitindo informação posterior à celebração do contrato; qualquer contratante tem direito à segurança e se o produto apresenta algum risco, o contratante tem que ser informado desse risco; enfim, a presença do princípio da boa-fé objetiva opera um resgate ético para o Direito, é uma janela que se abre para uma nova dimensão ética do Direito.”³²⁵

Refere-se o professor à exigência da conduta de boa-fé objetiva em todos os seus aspectos, sejam aqueles explicitamente referidos pela legislação especial, sejam outras condutas nela não referidas, mas que integrem o ordenamento ou que expressem princípios gerais de direito, em atenção à atual realidade contratual, princípios esses que, posteriormente à vigência do CDC, vieram a ser enunciados pelo novo Código Civil, notadamente nos seus arts. 113, 187 e 421 e seguintes.

Seja como seja, a eventual aplicação dessas cláusulas gerais deve ser orientada pela tipicidade do contrato, sua estru-

324 MARQUES, Cláudia Lima, ob. cit., p. 243.

325 Palestra proferida no VII ENAI – Encontro dos Advogados do Mercado Imobiliário, promovido pela ABAMI – Associação Brasileira de Advogados do Mercado Imobiliário de 25 a 27 de outubro de 2000 na Escola de Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

tura e função, de modo a assegurar a consecução da sua finalidade econômica e social, pois, como observa Luiz Roldão de Freitas Gomes, referindo-se à eventual incidência do CDC sobre o contrato de incorporação imobiliária, "a despeito de o imóvel ser caracterizado como produto no § 1º de seu art. 3º, sua incorporação e construção envolvem outros setores da economia, dos quais não se pode apartar (financiamento etc), convindo remanesçam disciplinados os respectivos contratos pela lei específica (nº 4.591/64), ainda que com a acolhida de preceitos do CDC no atinente à sua proposta, propaganda etc."³²⁶

4.4.14.3. O enunciado do art. 53 do CDC e os procedimentos de realização da garantia contidos no art. 27 da Lei 9.514/97.

Mas, ainda que não fosse lei especial nova em relação ao CDC, a Lei nº 9.514/97 regula a matéria de que trata o art. 53 desse Código de maneira coerente com os princípios que inspiraram essa disposição, resguardando os direitos do devedor em estrita conformidade com a natureza do contrato de mútuo.

O cotejo entre ambas as normas pertinentes à cláusula penal é elucidativo.

Com efeito, ao regular as consequências do inadimplemento do devedor, nos contratos de venda a prazo, o art. 53 da Lei nº 8.078, de 1990, impõe limitações à estipulação das cláusulas penais, considerando nula a cláusula que preveja a perda total das quantias pagas pelo devedor, em caso de resolução do contrato por inadimplemento deste.³²⁷

326 GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Elementos de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, Rio, 2000, 1ª ed., p. 210.

327 "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 seu turno, a Lei nº 9.514, de 1997, ao dispor igualmente sobre as consequências da mora e do inadimplemento do devedor, nos contratos de mútuo com garantia fiduciária, impõe ao credor o dever de colocar à venda, em leilão, o imóvel e entregar ao devedor a quantia que exceder o valor de seu crédito, tratando exaustivamente dos procedimentos correspondentes, no art. 27 e seus seis parágrafos.³²⁸

O art. 53 do Código do Consumidor, como se vê, enuncia um princípio geral, inspirado na noção de equidade e de equilíbrio das relações contratuais, e tem em vista coibir o enriquecimento sem causa, coerentemente com a disposição do então vigente art. 924 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 413 do Código Civil de 2002), que autorizava o juiz a reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento, ajustando-a, em cada caso, ao efetivo prejuízo sofrido pelo credor em razão da inexecução contratual por parte do devedor. O que distingue ambos os dispositivos é a natureza da norma, pois o CDC encerra uma norma imperativa (*"... consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas..."*), enquanto que a norma do art. 924 do Código Civil de 1916 submetia a cláusula ao poder discricionário do juiz (*"...poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena..."*).

Nesse aspecto, o CDC não introduz qualquer inovação no direito positivo brasileiro, guardando coerência com os princípios já consagrados nas disposições dos arts. 918, 920, 924, 1.056, 1.059, 1.092, 1.536 do Código Civil vigente ao tempo

a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato ou a retomada do produto alienado."

328 "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 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..."

da promulgação do CDC e no Decreto-lei nº 22.626, de 1933, e, assim, ao vedar a perda total das quantias pagas pelo devedor, o art. 53 quer, efetivamente, que a pena não exceda o limite das perdas e danos a que a mora ou o inadimplemento tiver dado causa.

Importa notar que o conteúdo do art. 53 está articulado aos princípios contidos na cláusula geral do art. 51, que coíbe as chamadas “cláusulas abusivas”, circunstância que leva o intérprete a, diante do caso concreto, identificar e quantificar o prejuízo caso a caso.

Como se vê, o art. 53 não afasta a incidência da cláusula penal e, portanto, não exonera o devedor do dever de reparar as perdas e danos resultantes da mora ou do inadimplemento. Apenas veda a exacerbação da pena, sem, entretanto, fixar seus limites.

Já o art. 27 da Lei nº 9.514/97 fixa concretamente as limitações a que está sujeito o credor, ao promover o ajuste de contas decorrente do leilão do imóvel.

De fato, ao disciplinar as consequências da mora e do inadimplemento do devedor, a lei da alienação fiduciária de bens imóveis o faz de forma coerente com a natureza dos contratos em questão, pois, tratando-se de contrato de mútuo, ao apurar-se o resultado do leilão, na realização da garantia, o credor só pode reter a importância correspondente ao seu crédito, mais as despesas, sendo-lhe vedado apropriar-se da quantia que sobejar. É o que dispõe o § 4º do art. 27, que impõe ao credor o dever de, no prazo de cinco dias, contado da venda do imóvel em leilão, entregar ao devedor o excesso que se verificar. Assim, a regra que autoriza a retenção, pelo credor, da quantia correspondente à dívida do devedor-fiduciante é coerente com o princípio enunciado pelo art. 53 do CDC e pela natureza do contrato de mútuo, explicitada pelo art. 586 do Código Civil.

Efetivamente, a legislação especial sobre alienação fiduciária impede, por todos os modos, a estipulação de cláusula que preveja a perda total das quantias pagas pelo devedor,

pois institui para esse contrato um regime jurídico próprio que, a par de coibir passo a passo, em todo o curso da formação e da execução do contrato, qualquer eventual abuso do credor, contém norma imperativa determinando (1º) que o credor promova a venda do imóvel, em leilão, por preço avaliado pelas partes, no prazo máximo de 30 dias após a consolidação da propriedade, e (2º) que o credor entregue ao devedor, nos 5 dias que se seguirem ao leilão, o valor que exceder o *quantum* da dívida e encargos.

Considerando, assim, o conteúdo e a finalidade das normas em questão, cotejando-se as disposições do art. 27 da Lei nº 9.514/97 com as do art. 53 do CDC, pode-se concluir pela inaplicabilidade deste último à alienação fiduciária de imóveis, porque o regime especial dessa garantia já contempla a tutela do devedor, e o faz de maneira específica, com rigorosa adequação à estrutura e função dessa garantia e do contrato de mútuo, pelo qual o devedor deve restituir integralmente a quantia tomada por empréstimo, enquanto o art. 53 do CDC apenas enuncia um princípio geral ao qual o art. 27 da Lei nº 9.514/97 se adequa perfeitamente.

4.4.14.4. O tratamento legal conferido à garantia fiduciária e o conferido às demais garantias da mesma natureza à luz do princípio da isonomia

A par dos aspectos relativos à prevalência da lei especial nova e à adequação da Lei nº 9.514/97 aos princípios enunciados no art. 53 do CDC, não se pode deixar de considerar a aplicação do princípio da isonomia à hipótese, devendo-se também apreciar a questão em cotejo com as demais situações contempladas no citado dispositivo do CDC e considerando, ainda, o conteúdo e a estrutura do contrato de mútuo, ao qual está vinculada a garantia fiduciária, e levando em conta o caráter resolúvel da propriedade fiduciária.

A atual Constituição deu realce especial ao princípio da igualdade, fazendo a ele subordinar e condicionar todo o res-

tante do direito, sendo, na clarividente visão de Celso Ribeiro Bastos, "o mais amplo dos princípios constitucionais, não se vendo recanto onde ela não seja impositiva."³²⁹

Importa, pois, confrontar a situação contemplada pelo art. 53 do CDC com outras situações da mesma natureza, ainda que superficialmente, de modo a que, na aplicação desse dispositivo, se observe a isonomia. Como se sabe, a isonomia não traduz pura e simples igualdade de direitos, mas diz respeito à outorga de iguais oportunidades a todos, importando, portanto, considerar adequadamente as situações e as circunstâncias em que se encontrem as partes perante a norma jurídica.

No caso em tela, o negócio jurídico considerado é contrato de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária. O art. 17 da lei nº 9.514/97 atribui à propriedade fiduciária o caráter de direito real, incluindo-a na categoria das garantias reais imobiliárias do direito positivo, quais sejam, a hipoteca, a caução de direitos aquisitivos sobre imóveis e a anticrese.

Assim, sob a perspectiva do direito real de garantia, o contrato de alienação fiduciária põe o devedor-fiduciante em situação idêntica à do devedor-hipotecário ou à do devedor-caucionante ou, ainda, à do devedor-anticrético.

Em todas essas hipóteses, o devedor segrega do seu patrimônio determinados bens para satisfação do crédito, de modo que, em caso de inadimplemento, esse bem será levado a venda forçada para cobrir o valor da dívida e encargos.

Dada essa estruturação, importa se examine a questão tanto sob o ângulo do devedor como sob a perspectiva do credor.

Com efeito, à luz dos preceitos do Código de Processo Civil, na excussão de bem para cobertura de qualquer crédito, com ou sem garantia, se o produto da venda não bastar para

329 BASTOS, Celso Ribeiro, *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 13.

satisfação da totalidade do crédito, seus encargos, despesas e honorários, continuará o devedor responsável pelo saldo remanescente, prosseguindo-se a execução até que se alcance a satisfação total daquelas verbas. É também o que sucede nas execuções de créditos com garantia real imobiliária, em geral.

A Lei nº 9.514/97, entretanto, institui uma regra especial, impedindo a excussão de outros bens do devedor, caso, na excussão do bem dado em garantia, não se alcance o valor da dívida.

De fato, prevê a Lei nº 9.514/97 que, depois de consolidada a propriedade no fiduciário, serão realizados dois leilões para venda do imóvel; no primeiro leilão, o imóvel será oferecido por um preço acima do valor da dívida e encargos, preço esse estabelecido por avaliação feita pelas próprias partes,³³⁰ estando o credor obrigado a entregar ao devedor o saldo que exceder o valor da dívida e encargos; não se alcançando no primeiro leilão o valor da avaliação feita pelas partes, promove-se o segundo leilão, no qual o imóvel será oferecido pelo valor da dívida, encargos e despesas.

De acordo com o § 5º do art. 27, se, no segundo leilão, não houver lance que cubra nem mesmo o valor da dívida e encargos, o devedor obterá a exoneração do pagamento de eventual saldo remanescente.

Ora, em regra, nos processos de execução, por qualquer espécie de dívida, o devedor continua respondendo pelo saldo devedor remanescente, caso o produto da alienação dos bens executados não seja suficiente para a integral satisfação do crédito, prosseguindo o processo de execução com a penhora de outros bens do devedor, na forma do art. 667 do CPC. É o que sucede, também, nas execuções de crédito garantido por alienação fiduciária de bens móveis, nos termos do § 5º do art.

330 O art. 24 da Lei nº 9.514/97 enuncia os requisitos obrigatórios do contrato de alienação fiduciária, determinando que as partes façam expressamente *a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão.*

66 da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 911/69.

Entretanto, no caso da alienação fiduciária de bens imóveis, a Lei nº 9.514/97 liberou o devedor da responsabilidade de pagamento do saldo da dívida, afastando a possibilidade de constrição de outros bens do seu patrimônio. Esse tratamento diferenciado se justifica como compensação pela maior eficácia da realização da garantia na alienação fiduciária de bens imóveis, notadamente pela celeridade do processo. Por essa forma, considerando as peculiaridades dessa nova garantia, a Lei nº 9.514/97 cuidou de mitigar os efeitos da mora, tutelando o devedor-fiduciante exatamente em busca da realização do princípio da isonomia, segundo o qual se dá tratamento privilegiado às categorias de pessoas que se encontrem em situação de desvantagem.³³¹

Esse mecanismo compensatório, aliás, inspira-se em precedente do direito positivo brasileiro em situação análoga, qual seja, a execução judicial de crédito hipotecário vinculado ao sistema financeiro da habitação, segundo a Lei nº 5.741, de 1971; trata-se de processo de execução também sumário, no qual o imóvel é levado a leilão numa única praça e oferecido pelo valor do saldo devedor, sendo adjudicado ao credor caso não haja licitantes ou não haja lance que cubra o saldo devedor. Tanto quanto na Lei nº 9.514/97, caso não se obtenha, no leilão, valor superior ao da dívida e acessórios, não se dá alternativa ao credor senão receber o bem objeto do negócio, ao invés da prestação pecuniária. Araken de Assis, em sua clássica obra sobre o processo de execução, anota que se trata de uma *"adjudicação obrigatória, independentemente de pedido*

331 *Ao tratar do leilão (4.4.10) manifestamo-nos contrariamente à extensão desse benefício aos financiamentos não-habitacionais e, também, às operações de auto-financiamento do tipo consórcio*, neste caso porque a quitação ao devedor inadimplente provocará diminuição do patrimônio do grupo de consorciados, causando-lhes prejuízo irreparável, com inequívoca violação do princípio da função social do contrato.

*e mesmo a contragosto," como mecanismo compensatório, justificado pelo sentido social da lei e visando o equilíbrio nesse tipo de execução: "O intuito da adjudicação compulsória reside no equilíbrio visado nesse tipo de execução. Se, de um lado, em tempos de crise o imóvel vale menos do que a dívida, beneficiando o devedor, que solverá a dívida integralmente, de outra banda, no caso de o valor desta se situar aquém, o credor também ficará impedido de exigir a diferença."*³³²

A diversidade de tratamento, entretanto, tem limite, não podendo exacerbar-se ao ponto de afrontar os institutos e os conceitos jurídicos envolvidos, que, no caso, dizem respeito à natureza e à estrutura do contrato de mútuo; antes, deve a ele amoldar-se.

De fato, e ainda apreciando a questão sob o ângulo do devedor, se se desconsiderar a regra do art. 586 do Código Civil³³³, admitindo que, em consequência da realização da garantia, o devedor-fiduciante obtenha a restituição de parte das prestações pagas sem que reponha a quantia mutuada, então estaria a lei estabelecendo tratamentos desiguais entre iguais, o que é flagrante violação ao princípio da isonomia.

Ora, a eventual possibilidade de o mutuário inadimplente obter a devolução das prestações que tiver pago, antes de completada a reposição do valor do mútuo, implicaria exonerá-lo (o mutuário inadimplente) do cumprimento da regra do art. 586, exoneração essa não prevista para o mutuário adimplente.

Tal desigualdade, entre iguais, constituiria flagrante violação do princípio da isonomia.

332 *Manual do Processo de Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5 ed., 1998, p. 710.

333 *Código Civil*: "Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade ou quantidade."

Assim, nos contratos de mútuo, só é possível aplicar o princípio do art. 53 do CDC, depois de se ter completado a reposição de que trata o art. 586 do Código Civil, pois, do contrário, estaria sendo criada uma injustificada discriminação em prejuízo dos mutuários adimplentes.

De outra parte, vista a questão, agora, sob o ângulo do credor, será isonômica a regra que considere o credor-fiduciário equiparado ao credor-hipotecário e aos demais titulares de créditos com garantia real, sopesadas, naturalmente, as peculiaridades que tornam mais eficaz a garantia fiduciária.

Dessa forma, sendo certo que, por exemplo, ao credor-hipotecário se assegura o elementar direito de receber a totalidade de seu crédito, nos termos do art. 586 do Código Civil, igual direito deve ser assegurado ao credor com garantia real fiduciária, admitido, naturalmente, seja esse direito temperado em razão da maior celeridade no processamento desse recebimento (o que fez a Lei nº 9.514/97 ao vedar ao credor-fiduciário a busca de outros bens do devedor-fiduciante caso não se alcance, no segundo leilão, o valor da dívida e encargos).

Com efeito, o fato de a garantia fiduciária implicar a transmissão, ao credor, da propriedade do bem objeto da garantia, em caráter resolúvel, fez com que o legislador restringisse a atuação do credor sobre o patrimônio do devedor, e, assim, na medida em que, de uma parte, autoriza a constituição de um patrimônio de afetação com o bem objeto da garantia, conferindo ao credor a prerrogativa de exercer sobre ele um domínio resolúvel, de outra parte fixa um limite na satisfação do seu direito creditório, vinculando-o ao próprio bem que está sob seu domínio resolúvel, mesmo que, na excussão, o valor desse bem, no mercado, mediante leilão, seja inferior ao valor pecuniário do direito creditório. Assim, em razão das prerrogativas inerentes à garantia fiduciária, notadamente o exercício do domínio pelo credor, conquanto resolúvel, e a maior celeridade dos procedimentos de excussão, a lei impe-

de que o credor-fiduciário-imobiliário invista contra outros bens do devedor para obter a completa satisfação do seu crédito, no caso de não se alcançar, no segundo leilão, valor que o satisfaça.

Confrontada, assim, a situação do art. 53 do CDC com outras situações da mesma natureza, não há dúvida de que, no mútuo com garantia fiduciária, a restituição de quantias ao mutuário somente poderá ocorrer após a integral reposição, ao mutuante, da quantia mutuada, e deverá corresponder à diferença entre o produto da venda do bem objeto da garantia e o valor do crédito e encargos, tal como sucede em todos os demais contratos de mútuo com garantia real, observado o tratamento diferenciado conferido pela lei ao devedor-fiduciante, ao privilegiá-lo com a exoneração da sua responsabilidade patrimonial caso o valor do imóvel seja insuficiente para cobertura de sua dívida e encargos.

4.4.14.5. O conteúdo resolúvel da propriedade fiduciária (Código Civil, arts. 1.359 e 1.360, e Lei nº 9.514/97, arts. 22 e seguintes)

Aspecto que também deve ser considerado diz respeito à natureza da garantia fiduciária, de modo que a apreciação se faça de acordo com sua configuração peculiar.

Com efeito, na estrutura concebida pelo art. 22 da lei nº 9.514/97, o devedor, para garantia da dívida, transfere ao credor a propriedade resolúvel de um imóvel; a condição resolutiva é o pagamento da dívida; assim sendo, uma vez cumprida a condição, com o pagamento da dívida, extingue-se a propriedade do credor, revertendo plenamente ao devedor. Todavia, se falha a condição, em razão do não pagamento da dívida, consolida-se a plena propriedade no credor.

Importa atentar para que a propriedade fiduciária não está subordinada à regra do art. 1.428 do Código Civil: esse dispositivo proíbe ao credor ficar com o imóvel do devedor, em

caso de inadimplemento;³³⁴ no caso da alienação fiduciária, entretanto, o proprietário do imóvel é o próprio credor, e não o devedor; o ingresso da propriedade plena no patrimônio do credor, se falha a condição, é da natureza da propriedade resolutiva, de modo que, como observa Pontes de Miranda, aplicar-se o referido dispositivo ao outorgado em pacto de transmissão em segurança seria negar-se a alguém poder continuar a ser o que já é.

Mesmo considerada essa estruturação, a Lei nº 9.514/97 cuidou de mitigar os efeitos da resolubilidade, impondo ao credor o ônus de vender o imóvel, só admitindo que fique com ele se não lograr vendê-lo depois de realizar dois leilões. E mais: o credor não tem liberdade para fixar o preço, devendo oferecê-lo em leilão pelo preço que tiver sido avaliado pelas partes.

4.4.14.6. Principais situações contempladas pelo art. 53 do CDC (promessa de compra e venda, “consórcio” e mútuo com garantia fiduciária)

O art. 53 do CDC compreende os contratos de compra e venda a prazo (inclusive as promessas de venda) e os contratos de financiamento em geral (consórcios, por exemplo), nos quais tenha sido constituída garantia fiduciária.

A jurisprudência tem se ocupado da aplicação dos princípios emanados dos arts. 51 e 53 do CDC nos contratos de consórcio e de promessas de compra e venda, que contêm “cláusula de decaimento”, que, na expressão de Pontes de Miranda, é aquela que prevê a perda total das quantias pagas pelo devedor no caso de mora ou inadimplemento.

No caso dos consórcios, a questão é objeto da Súmula 35 do STJ, pela qual incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada

334 V. item 4.4.9 – *Consolidação da propriedade no fiduciário.*

ou exclusão do participante de plano de consórcio, havendo ainda divergências quanto ao momento da devolução e quanto ao fator de correção. No que tange às promessas de venda de imóveis, antes mesmo do advento do CDC a jurisprudência já vinha estabelecendo a redução da pena, em linha de princípio com o art. 924 do Código Civil então vigente, registrando-se hoje uma tendência no sentido de que essa pena seja limitada a um percentual do que tiver sido pago, consideradas as peculiaridades do caso.

Nenhuma das duas situações, entretanto, se confunde com o contrato de mútuo garantido por propriedade fiduciária.

Com efeito, no consórcio, tem-se um contrato de auto-financejamento, envolvendo os associados de uma sociedade civil mutualista. Tomando-se uma sociedade com 50 associados, cada um paga mensalmente o equivalente a $1/50$ do valor de determinado bem, de modo que ao final de cada mês a sociedade (grupo) arrecade 50/50 e compre um desses bens, entregando-o ao associado que tiver sido sorteado para tal fim. A sociedade vulgarmente denominada consórcio celebra um contrato de mútuo com o associado sorteado, entregando-lhe a quantia necessária à compra daquele bem, e assim, sucessivamente, a sociedade mutualista vai emprestando aquela mesma quantia a todos os demais associados, até que todos obtenham o empréstimo almejado e comprem o bem programado. Muito embora tudo isso seja processado por uma empresa administradora, esta é apenas uma prestadora de serviços, pois a sociedade mutualista é que é a mutuante; disso resulta que o sucesso ou o fracasso da sociedade está relacionado às forças dos próprios associados.

De outra parte, pelo contrato de venda a prazo ou de promessa de compra e venda, o vendedor ou o promitente vendedor se obriga a transmitir ao comprador a propriedade de determinado bem, mediante pagamento do preço desse bem, que é feito parceladamente. Depois de concluído pagamento, efetiva-se a transmissão da propriedade ao compra-

dor. Na promessa de compra e venda, o promitente vendedor compromete-se a transmitir a propriedade, mas mantém o domínio sobre a coisa; nesse caso, a efetivação do pagamento produz o efeito aquisitivo do direito de propriedade, impondo-se ao promitente vendedor, em consequência, a obrigação de outorgar a escritura de venda, transmitindo-se ao promitente comprador, pelo registro do título no Registro de Imóveis, o domínio que até então detinha o promitente vendedor; caso este se recuse a outorgar a escritura, pode o promitente comprador compeli-lo mediante ação de cumprimento de obrigação de fazer; caso o promitente comprador não efetive o pagamento, dá-se a resolução do contrato, com a reintegração do promitente vendedor na posse do imóvel.

Já pelo contrato de mútuo de dinheiro, com garantia fiduciária, o mutuário recebe uma certa quantia do mutuante e se obriga a restituir o que dele recebeu, em igual qualidade e quantidade. Por esse contrato, o mutuário torna-se titular do domínio sobre o dinheiro mutuado e obriga-se a restitui-lo ao mutuante, sendo que em garantia do cumprimento dessa obrigação o mutuário transmite ao mutuante a propriedade resolúvel de determinado bem, incorporificando, assim, o contrato de alienação fiduciária, acessoriamente ao contrato de mútuo.

Embora as três hipóteses possam estar compreendidas dentro do fenômeno econômico genericamente denominado financiamento, a verdade é que cada uma delas tem estrutura própria, cujo tratamento jurídico-legal há de ser com ela compatível.

Assim, considerada a natureza do consórcio, têm os associados uma relação societária que está sujeita aos riscos próprios da atividade que constitui seu objeto social, e que, obviamente, comporta os prejuízos decorrentes da perda de capacidade contributiva de seus associados. Os efeitos da mora de algum associado e a conseqüente excussão da garantia fiduciária refletirão sobre todos os associados, de forma homogênea; se não houver recomposição do caixa do consórcio, com a reposição de valor suficiente para adquirir aquele bem de-

terminado, naquele mês determinado, então todos os associados terão que suportar a perda, em igual proporção.

Mas, para evitar essa perda e recompor a posição de caixa da sociedade (grupo), o CDC manda o inadimplente indenizar a sociedade mutualista dos prejuízos que tiver causado.

Com efeito, ocorrendo a mora ou o inadimplemento do associado sorteado, o §2º do art. 53 do CDC impõe a este a obrigação de pagar uma retribuição pela fruição do bem, assim como assegura à sociedade mutualista a reparação dos prejuízos decorrentes do inadimplemento, prejuízos esses que, naturalmente, dizem respeito à não reposição integral do *quantum mutuado*.

Ao mandar descontar os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo, nas hipóteses em que o associado já tiver obtido o financiamento e adquirido o bem, a lei está se referindo, naturalmente, a eventual subtração patrimonial que a sociedade (o grupo) vier a sofrer, caso, na excusão, não se obtiver a integral reposição do valor mutuado e encargos. Para esse fim, há que se computar, também, as demais perdas que a sociedade vier a sofrer em razão da mora ou do inadimplemento, como são os casos, por exemplo, de eventual aumento de preço do bem objeto do consórcio, das custas e demais despesas processuais que tiverem que ser desembolsadas em busca da satisfação do crédito, dos honorários de advogado, dos eventuais custos financeiros, inclusive juros, que a sociedade tiver que suportar para suprir necessidades de caixa, decorrentes da diminuição patrimonial decorrente da mora, etc.

Assim, só depois de paga a retribuição pela fruição, e depois de reparados os prejuízos que o inadimplente tiver causado à sociedade mutualista, é que poderá se dar a restituição de parte das prestações a que alude o art. 53 do CDC.

Já na compra e venda ou na promessa, a resolução do contrato decorrente da mora do promitente comprador enseja a reposição do bem no patrimônio do vendedor ou do promitente vendedor, cabendo, no caso, a reparação das perdas e

danos que a mora do promitente comprador tiver dado causa, podendo essas estar prefixadas em cláusula penal ou apuradas em cada caso. A situação é peculiar e exige aferição das perdas e danos em cada caso. De fato, se, por exemplo, o promitente comprador tiver usado o imóvel, deverá pagar retribuição pelo uso, além de indenizar o promitente vendedor pelas despesas de venda que tiver realizado (corretagem, impostos etc), devendo também repor o imóvel nas condições que recebeu e recompor as perdas decorrentes da depreciação do imóvel, mas será obviamente diversa a situação se o imóvel não foi colocado à disposição do promitente comprador.

Aliás, por causa dessas peculiaridades é que o II Congresso Nacional do Direito do Consumidor emitiu a conclusão nº 11, segundo a qual “Nos contratos imobiliários é abusiva a cláusula que fixa percentual de retenção dos valores pagos na hipótese de rescisão, devendo o eventual prejuízo ser apurado caso a caso.”³³⁵

335 *Embora ainda se registrem algumas decisões que determinam a devolução integral das quantias pagas pelo promitente comprador, predomina a orientação jurisprudencial de que a devolução tem que ser parcial, legitimando-se a retenção de parte das quantias pagas a título de indenização das perdas e danos que o promitente vendedor tiver sofrido, em razão do inadimplemento do promitente comprador. Nesse sentido, decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconhecem que da interpretação que se extrai do aludido dispositivo legal (art. 53 do CDC) “não se infere que o inadimplente do contrato de compra e venda do imóvel a prestação tenha direito à devolução da totalidade das parcelas pagas. (...) No caso, a cláusula repudiada pela sentença apelada estabeleceu perda de parte das parcelas pagas (...), como pena convencional. Esta pena convencional livremente pactuada entre os contratantes visou estabelecer o equilíbrio econômico do negócio realizado, constituindo as perdas e danos que o apelante busca ver reconhecidas, com apoio nos artigos 1.056 e 1.092, parágrafo único, do Código Civil. Contudo, como o apelado cumpriu em parte a obrigação, e pela sentença terá que pagar taxa de ocupação (...), deve o apelante devolver metade do valor das parcelas pagas pelo apelado... (TJERJ, Apelação Cível 2085/96, da 5ª Câmara Cível, e Apelação Cível 10069/98, da 12ª Câmara Cível, j. 13.10.98).*

Assim, considerando os traços que distinguem cada uma dessas figuras contratuais, não se pode tomar os contratos de consórcio ou de promessa como paradigmas para aferição do justo valor da cláusula penal nos contratos de mútuo, devendo-se, aqui, examinar a aplicação do art. 53 do CDC à luz do conteúdo e da natureza do contrato de mútuo.

4.4.14.7. O conteúdo e a estrutura do contrato de mútuo (Código Civil, arts. 586 e seguintes)

O art. 53 considera nula a chamada *clausula de decaimento* “nos contratos de compra e venda de móveis e imóveis mediante pagamento em prestações (...), bem como nas alienações fiduciárias em garantia.”

Importa, pois, que se tenha presente a exata configuração do contrato de mútuo, de que trata o art. 5º da Lei nº 9.514/97, para se saber se há conflito entre este e o art. 53 do CDC.

Como se sabe, pelo contrato de mútuo de dinheiro o mutuário recebe uma certa quantia do mutuante e se obriga a restituí-la em igual qualidade e quantidade, acrescida dos juros convencionais. Dada essa configuração, o mutuário, no ato da celebração do contrato, incorpora ao seu patrimônio uma certa quantia (no dizer do art. 1.257 do Código Civil, o mútuo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário), mas é sua obrigação repor essa mesma quantia no patrimônio do mutuante (Código Civil, art. 587). Pode o mutuário, obviamente, fazer uso do dinheiro mutuado para qualquer finalidade, podendo dar ao mutuante garantia do pagamento da quantia mutuada, seja real ou fidejussória. O contrato de mútuo só se extingue mediante a integral reposição, ao mutuante, do *quantum* que o mutuário dele recebeu — isso é da índole do contrato.³³⁶

336 SANTOS, Carvalho, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XVII, p. 437.

Deixando o mutuário de cumprir sua obrigação de repor no patrimônio do mutuante a quantidade de dinheiro que dele tomou, sujeita-se à execução e à expropriação de bens em valor que cubra o *quantum* da dívida, encargos, despesas processuais e honorários advocatícios; se, no processo de execução, os bens penhorados forem insuficientes para que se obtenha a integral reposição da quantia mutuada, pode o mutuante promover a penhora de outros bens, até que se satisfaça o crédito, mais os acréscimos; se o mútuo estiver garantido por algum bem, é sobre esse que a penhora recairá, em primeiro lugar, só podendo o mutuante buscar outros bens do mutuário se o valor do bem objeto da garantia for insuficiente para cobrir o crédito.

Aliás, como que a chamar a atenção para essa obviedade, o art. 5º da Lei nº 9.514/97, ao enumerar as quatro condições dos financiamentos imobiliários, destaca como condição essencial a reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste (inciso I do art. 5º).

Dessa elementar noção resulta que, na inexecução do contrato, o *quantum* que eventualmente houver de ser restituído ao mutuário, nos termos do art. 53 do CDC, limitar-se-á ao que sobejar, depois de repostado no patrimônio do mutuante aquilo que dele tiver sido retirado quando da contratação do mútuo.

Tal é a natureza do contrato de mútuo, que não foi alterada pelo CDC, pois, como se sabe, esse Código não formulou ou reformulou nenhum tipo de contrato em especial, mas apenas impôs novos patamares gerais de equilíbrio e de boa-fé a todas as relações de consumo, como registra Cláudia Lima Marques.³³⁷

Efetivamente, *o bem* objeto da alienação fiduciária é *garantia do mútuo*, não objeto do mútuo; serve o bem para dar mais eficácia ao recebimento do crédito, mas não substitui o

337 Ob. Cit., p. 238.

objeto do contrato, que, repita-se, é dinheiro. Não se pode deduzir que, em razão da aplicação do art. 53 do CDC, o apossamento do bem pelo mutuante, mesmo que o valor do bem seja inferior ao do crédito, implique (a) a exoneração da obrigação do mutuário de repor no patrimônio do mutuante a totalidade daquilo que recebeu e, ainda, (b) a obrigação do mutuante de entregar-lhe parte do ativo do seu próprio patrimônio.

Por isso, a regra do art. 53 do CDC não pode ser aplicada de maneira invariável a todos os casos concretos de alienação fiduciária, mas somente àqueles casos em que o valor do bem alienado fiduciariamente supere o valor da dívida e encargos, e é nesses casos que o CDC quer assegurar a equidade e o equilíbrio das relações contratuais, evitando que o mutuante venda o bem por valor superior ao do seu crédito e se aproprie do excesso.

Em síntese, a par da configuração peculiar do contrato de mútuo com alienação fiduciária, a legislação especial, tanto a que disciplina a alienação dos bens móveis, como dos bens imóveis, ao regulamentar a venda do bem objeto da garantia, cuida de resguardar o devedor contra o risco de perda total das quantias pagas, não havendo, portanto, qualquer confinação entre as normas da alienação fiduciária e a vedação contida no art. 53 do Código do Consumidor.

4.4.15. Os procedimentos de cobrança e de leilão em face do princípio do devido processo legal

Os arts. 25 a 30 da Lei 9.514/97 disciplinam os procedimentos de implementação da garantia fiduciária, contemplando (a) a reversão da propriedade ao fiduciante, depois de paga a dívida, (b) os mecanismos de comprovação da mora, (c) a consolidação da propriedade no credor, se não paga a dívida, (d) o leilão extrajudicial do imóvel e (e) a reintegração do credor na posse do imóvel.

A reintegração de posse se processa, naturalmente, em Juízo, enquanto os procedimentos de cobrança, consolidação da propriedade e leilão se desenvolvem no plano extrajudicial, perante o Oficial do Registro de Imóveis da situação do imóvel e por intermédio de leiloeiro público.

Cumpra examinar as disposições pertinentes aos procedimentos extrajudiciais à luz do princípio do devido processo legal, emanado do art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

A apreciação se justifica tendo em vista que algumas hipóteses de venda extrajudicial disciplinadas no direito positivo são, eventualmente, atacadas, sob alegação de violação desses princípios constitucionais. Os casos mais conhecidos são (a) o da venda em leilão feita por Comissão de Representantes de Condomínio, tendo como objeto unidade imobiliária em construção, pertencente a condômino em mora (Lei 4.591/64, art. 63), (b) o do leilão promovido por agente fiduciário, tendo como objeto imóvel hipotecado em garantia de dívida constituída nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação-SFH (Decreto-lei 70/66, arts. 29 e seguintes, e Lei 8.004/90, art. 21), e, ainda, (c) o da venda feita pelo credor no caso de alienação fiduciária de bens móveis (Decreto-lei 911/69, art. 2º)³³⁸.

338 O art. 63 da Lei 4.591/64 autoriza a Comissão de Representantes do Condomínio a vender a fração ideal e acessões de condômino inadimplente, fazendo-o diretamente, após notificação extrajudicial para purga de mora, assim prevendo seu parágrafo primeiro: "Se o débito não for liquidado no prazo de 10 dias, após solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão (...) a venda, promessa de venda ou de cessão ou a cessão da quota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção". Os arts. 29 e seguintes do Decreto-lei 70/66 prevêem a possibilidade de realização extrajudicial da garantia hipotecária, o que é efetivado por um agente fiduciário, que é uma instituição credenciada pelo Banco Central do Brasil, integrante do sistema financeiro ou segurador, mas sempre terceiro em relação às partes contratantes.

Os incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição prevêm que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão, impedindo que alguém seja privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e assegurando o contraditório e a ampla defesa.³³⁹

Esses princípios, a despeito de estarem distribuídos em três incisos distintos, assentam numa única e mesma base, que é a do devido processo legal, que já se encontrava inscrita nas Constituições anteriores, garantindo o direito de ação e reservando ao Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito. Por isso, ao se apreciar a conformidade da lei à Constituição, consideraram-se conjuntamente os três princípios, pois são eles indissolivelmente articulados entre si, de tal modo que a afronta a um deles sempre repercute de algum modo nos demais³⁴⁰.

Verificada a mora do devedor, e depois de remeter dois avisos de cobrança, o credor hipotecário dirige ao agente fiduciário uma solicitação de execução de dívida; a partir daí, o agente fiduciário notifica o devedor, com prazo de 20 dias e, expirado esse prazo sem purgação da mora, contrata leiloeiro e promove a venda do imóvel em público leilão. O art. 2º do Decreto-lei 911/69 prevê que "No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver."

339 "Art.5º . (...) XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão (...) LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (...)

LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

340 *A identidade entre essas garantias constitucionais é reconhecida de maneira generalizada pela doutrina. Eduardo Arruda Alvim assinala que esse princípio "abrange uma série de outros princípios, que, a rigor, não precisariam sequer constar expressamente do texto constitucional", salientando a*

A atuação desses princípios repercute de maneira especial quando se está diante de determinados procedimentos que restringem o campo de defesa, como é o caso da ação de desapropriação, na medida em que se estreita o campo de defesa, obstruindo o encaminhamento ao juiz de todas as questões. A restrição à cognição presente em hipóteses como essa, entretanto, não pode impedir a investigação, através de outra ação, da questão litigiosa afastada, como observa Luiz Guilherme Marinoni: "Se alguma questão pertinente a um caso conflitivo não pôde ser conhecida em razão da limitação da cognição, deve estar aberta, obrigatoriamente, outra oportunidade para o seu debate."³⁴¹

De fato, não obstante alguns procedimentos limitem a cognição do juiz, tal limitação há de ser considerada inconstitucional nas hipóteses em que impossibilitam a efetiva tutela jurisdicional. Por isso mesmo, "os procedimentos que limitam a defesa, obrigando à propositura de ação inversa, devem estar em consonância com as necessidades do direito substancial e de acordo com os valores da Constituição. Ou seja, à limitação do direito à cognição do conflito de interesses somente

*preocupação do legislador de 1988 "em fazer constar do texto constitucional uma série de princípios que, a rigor, estariam contidos no devido processo legal" (Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 1998, p. 109); Humberto Theodoro Júnior observa que, "admitindo a vigência das garantias implícitas no art. 153, § 4º, a Constituição brasileira adotava, realmente, a garantia do *due process of law*", tornando explícita essa garantia na Carta de 1988" ("A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder cautelar no direito processual civil." In: Revista dos Tribunais, 665:11-23); Nelson Nery Júnior assinala que "bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais de processo são espécie" (Princípios do processo civil na Constituição Federal. 3. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 28).*

341 MARIONE, Luiz Guilherme, *Efetividade do processo e tutela de urgência*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994, p. 71.

pode acontecer em razão de exigências do direito material e da realidade posta pela Constituição.”³⁴²

Importa, pois, que, na aplicação do princípio constitucional, se tenha sempre presente a natureza e o conteúdo das figuras de direito material em questão.

4.4.15.1. Os procedimentos de reversão e consolidação da propriedade. Nota preliminar.

No que tange à implementação da garantia fiduciária, a Lei nº 9.514/97 adotou procedimentos já consagrados no direito positivo para situações análogas.

Nesse sentido, o procedimento de cobrança extrajudicial e de comprovação da mora, realizado no Registro de Imóveis, reproduz, com adaptações, o regime legal pertinente ao compromisso de compra e venda de lotes de terreno, existente no direito positivo desde 1937 (Decreto-lei nº 58/37).

De outra parte, a consolidação da propriedade se faz em conformidade com a natureza da propriedade resolúvel, com a ressalva de que os efeitos da condição resolutiva são mitigados: ao invés de consagrar a apropriação plena e definitiva do imóvel pelo credor, quando da consolidação, a lei lhe impõe o ônus de vender o imóvel em leilão, entregando ao devedor aquilo que exceder o valor da dívida e encargos. Por essa forma, a lei procurou adequar os efeitos da resolubilidade, tal como prevista no Código Civil, ao conteúdo social do moderno negócio fiduciário para garantia.

Com efeito, à luz dos princípios fundamentais que delineiam a concepção da propriedade resolúvel, o art. 25 da Lei 9.514/97 dispõe que, com o pagamento da dívida, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, que, *ipso facto*, reverte ao devedor-fiduciante.

342 WATANABE, Kazuo, *Da cognição no processo Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 88; Luiz Guilherme Marinoni, ob. cit., p. 72.

Entretanto, deixando o devedor de pagar, deverá o credor promover sua notificação pessoal, por intermédio do Registro de Imóveis ou de outros meios ali especificados, para que purgue a mora; purgada a mora, convalescerá o contrato; não purgada a mora, consolida-se a propriedade no credor, mediante averbação no Registro de Imóveis (art. 26 e seus parágrafos).

Por força do art. 27 e de seus parágrafos, o credor, no prazo máximo de trinta dias após a consolidação, deverá colocar o imóvel em venda, mediante leilão, entregando ao devedor o *quantum* que sobejar; se, no leilão, não se alcançar o valor da dívida, o credor dará quitação ao devedor, exonerando-o do pagamento de eventual resíduo.

4.4.15.2. Os procedimentos de comprovação da mora, consolidação da propriedade e realização da garantia em face do princípio do devido processo legal.

Assim delineados os procedimentos de comprovação da mora, de consolidação da propriedade e de realização da garantia, nos termos da Lei 9.514/97, cumpre examinar sua compatibilidade com o princípio constitucional do devido processo legal.

A mora é *ex re*, na medida em que o contrato estipula termo certo para cumprimento da obrigação de pagar as prestações. Por isso mesmo, o não pagamento de alguma das prestações configura de pleno direito a mora, independente de notificação, em razão da regra do art. 397 do Código Civil.³⁴³

343 Observa Orlando Gomes que a notificação serve apenas "para que o credor se documente, praticando ato que torne inequívoco o comportamento do devedor (...) o devedor não incorre em mora no dia da expedição da carta, mas, sim, se não paga a dívida no vencimento" (*Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 100). É que, em regra, as prestações têm vencimento certo, estabelecido em contrato, incidindo a regra *dies interpellat pro homine*; enquanto nas obrigações sem termo certo é necessário que o credor seja avisa-

Nestas circunstâncias, a notificação do devedor tem a função de comprovar a mora, não obstante lhe dê oportunidade para purgação. A notificação há de ser acompanhada de demonstrativo dos valores em cobrança, a exemplo da regra do art. 614, II, do Código de Processo Civil, e é processada pelo Oficial do Registro de Imóveis da situação do imóvel.

Em termos formais, tão-só em termos formais, a notificação se assemelha à que se promove para comprovação da mora nos compromissos de compra e venda de lotes de terreno (Lei nº 6.766/79) ou, mesmo, de imóveis não loteados (Decreto-lei nº 745/69), com a diferença de que, em razão da natureza peculiar de cada uma dessas modalidades contratuais, no compromisso dá-se a resolução do contrato, mediante ação própria, enquanto na alienação fiduciária o efeito natural da mora é a consolidação da propriedade no credor, independente de intervenção judicial, seguindo-se o leilão extrajudicial para venda do imóvel.

No que tange à forma e ao momento em que se dá a resolução da propriedade ou sua consolidação, há que se ter presente que, como se trata de *propriedade resolúvel*, considera-se resolvida (em favor do devedor-fiduciante), ou consolidada (na pessoa do fiduciário), pelo simples implemento ou não-implemento da condição resolutiva, o que se dá tão somente pelo advento do termo ou da condição, independente de qualquer requisito processual ou intervenção de qualquer autoridade, judicial ou administrativa.

Dados esses pressupostos, a propriedade fiduciária se extingue pelo simples acontecimento do evento que caracteriza

do do vencimento, nas obrigações que devam ser cumpridas *dies certus an certus quando* a interpelação é dispensável. O que importa, para configuração da mora, é que o devedor tenha ciência, com certeza, de que o credor quer ser satisfeito prontamente (Eduardo Espínola, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, vol. 2, p.457); na alienação fiduciária, o devedor tem essa ciência na data mesmo em que firmou o contrato, porque ali estão estipuladas as datas em que o credor quer ser satisfeito.

a condição, e o efeito produzido por essa extinção é a imediata investidura do devedor-fiduciante na propriedade plena sobre o imóvel. De outra parte, para que a propriedade fiduciária se consolide no patrimônio do fiduciário basta que não aconteça o evento, frustrando a condição resolutiva, o que se caracteriza pela não efetivação do pagamento, ressalvado, entretanto, que a consolidação só se dá depois de expirado o prazo da notificação sem que o devedor-fiduciante tenha purgado a mora.

Como se sabe, no contrato de alienação fiduciária em garantia, a condição resolutiva é expressa, não havendo dúvida de que basta que se verifique o evento para que produza seus efeitos de pleno direito, independente de intervenção judicial.³⁴⁴ Não obstante, Ernane Fidélis dos Santos manifesta-se no sentido de que a consolidação da propriedade seria matéria da competência exclusiva do Poder Judiciário, de modo que a norma legal que estabelece a consolidação mediante ato registral violaria o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Entende aquele autor que, ao praticar o ato registral previsto na lei, o Oficial “declara consolidada a propriedade no credor fiduciário. É evidente que tal preceito está eivado de inconstitucionalidade, já que atribui à autoridade administrativa [o Oficial do Registro] função eminentemente jurisdicional.”³⁴⁵

A crítica não procede, pois não há declaração alguma do Oficial do Registro pela consolidação da propriedade, mas, tão somente, o assentamento da ocorrência que, por si só, opera a consolidação de pleno direito. O Oficial, tão-só, certi-

344 Por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 19. ed., 2001, v. I, p. 363, assinalando que a condição resolutiva expressa “opera de pleno direito, independentemente de interpelação, vale dizer, verificada a condição (seja positiva, seja negativa), atua automaticamente sobre o vínculo jurídico resolvendo-o.”

345 *Alienação fiduciária de coisa imóvel*, *Juris Síntese* nº 19, set-out de 1999.

fica o fato de que decorreu o prazo da notificação sem que o devedor tenha purgado a mora e averba a consolidação, que, dada a natureza da condição expressa e por força da lei, é o efeito natural e automático que decorre da não-implementação da condição. Não é o ato do Oficial que põe a propriedade no patrimônio de um ou do outro contratante, mas, sim, o evento correspondente à condição e, ademais, os efeitos do implemento ou do não-implemento da condição independem de pronunciamento do juiz, pois operam de pleno direito.

Não é o Oficial do Registro quem declara a consolidação, mas a lei. E a lei nada mais faz do que explicitar um dos efeitos naturais da condição resolutiva expressa, que opera de pleno direito “apenas por força da lei, sem intervenção dos tribunais e dispensada qualquer ação. Não é necessária a intervenção do juiz para pronunciar a resolução do contrato, não lhe sendo lícito até mesmo considerá-lo como não extinto (ESPÍNOLA, *Man., cit.*, pág. 415).”³⁴⁶

Não há, no que tange aos efeitos da condição, nenhuma exigência, em nível constitucional ou infraconstitucional, de intervenção judicial, não havendo controvérsia quanto à natureza da propriedade fiduciária, em que a condição resolutiva, como “ensina LABORI, opera de pleno direito, tanto no caso de ter falhado como na hipótese de se ter verificado (*obr. cit.*, verb. *Condition*, n. 103; AUBRY et RAU, *obr. cit.*, nota 78).”³⁴⁷

Assim, a averbação do evento é tão somente a anotação de que ocorreu, ou não ocorreu, o fato que, numa hipótese, provoca a extinção ou, na outra hipótese, resulta na consolidação; esse ato de averbação não está incluído na esfera da função jurisdicional e, portanto, produz seus efeitos de pleno direito, sem necessidade de se buscar qualquer espécie de prestação jurisdicional.

346 CARVALHO SANTOS, J.M. de, *Código...*, cit., v. III, p. 71.

347 CARVALHO SANTOS, J. M. de, *Código...*, cit., p. 72.

E a desnecessidade de pronunciamento judicial para extinção ou para consolidação da propriedade fiduciária é reafirmada pelas normas da lei instrumental que, ao regular os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, é taxativa ao enumerar os casos em que se exige a intervenção judicial, sendo certo que nem a extinção nem a consolidação da propriedade fiduciária estão incluídas na enumeração da lei processual.

Anote-se, por relevante, que, apesar de ter adotado como matriz a propriedade resolúvel, pela qual a propriedade se consolida plenamente no fiduciário, o legislador cuidou de mitigar os efeitos negativos que tal fato pudesse causar ao devedor, e o fez mediante mecanismos de compensação em favor do devedor-fiduciante, à semelhança da compensação a que alude Araken de Assis, antes referida, a respeito da adjudicação obrigatória nos casos de execução judicial de que trata a Lei nº 5.741/71.

A averbação da consolidação da propriedade é, em suma, ato tipicamente registral, que importa apenas no assentamento da ocorrência de um fato previsto expressamente pelas partes no contrato, de acordo com a natureza dessa espécie de propriedade e nos limites estabelecidos pela norma especial que disciplina a matéria. Não há nos atos do Oficial do Registro de Imóveis nenhuma violação de princípio constitucional ou norma infraconstitucional. A notificação ou a averbação da consolidação, em si mesmos, não encerram qualquer lesão de direito do devedor, constituindo apenas um meio de cientificação e de publicidade compatível com a natureza do contrato, que não levanta barreiras ao exercício do direito de ação, de modo que se desses atos resultar alguma lesão ou ameaça de lesão a direito de qualquer das partes, estas terão à sua disposição todos os meios processuais para exercer seu direito de defesa em toda a amplitude que a Constituição assegura. Nas circunstâncias, eventuais lesões provocarão, naturalmente, ações ou reações compatíveis com a situação: de uma par-

te, a lesão do direito do credor, representada pela não reposição da quantia mutuada no prazo contratado, assegura-lhe, por exemplo, nos termos do art. 411 do Código Civil, a percepção do *quantum* correspondente às penalidades pactuadas, juntamente com o pagamento das prestações, se purgada a mora, ou a consolidação da propriedade, se não purgada a mora; de outra parte, fatos que possam implicar lesão ou ameaça de lesão de direito do devedor, como, por exemplo, excesso de cobrança, cálculos da dívida fora do balizamento do contrato, inobservância de alguma formalidade ou de algum requisito contratual ou legal (como, por exemplo, o decurso do prazo de carência) ensejam o ajuizamento de medida judicial para reprimir ou evitar a lesão, que é plenamente assegurado ao devedor, pois as normas que tratam da notificação para purgação da mora não obstruem o direito de ação. Por isso, estando sempre aberta a possibilidade de postulação judicial, o devedor terá oportunidade e possibilidade de deflagrar o contraditório, mediante a ação cabível, podendo ajuizá-la antes, depois ou contemporaneamente à notificação.

O fato de a instauração do contraditório depender da iniciativa do devedor não implica violação dessa garantia constitucional,³⁴⁸ significando apenas a maneira peculiar pela qual o contraditório se manifesta na hipótese específica.

Ora, como se sabe, o contraditório não se materializa de maneira uniforme, mas se ajusta ao conteúdo específico do direito material nas diversas situações em que incide. O processo de execução é um dos casos em que o contraditório nasce da iniciativa do devedor e sofre limitações, pois, obviamente, não comporta toda a amplitude e abrangência próprias dos processos de conhecimento e cautelar, embora se instaure “um processo de conhecimento incidentalmente ao processo

348 Se assim não fosse, haveria de se admitir a inexistência de contraditório no processo de execução, como, aliás, sustenta uma parte da doutrina (cf. Nelson Nery Júnior, *ob. cit.*, p. 139).

de execução, no qual, por óbvio, incide o contraditório amplo.³⁴⁹ Veja-se, também, a ação monitória, em que a expedição de mandado para pagar ou entregar coisa certa ou incerta não afasta o contraditório, que apenas fica diferido para momento posterior, o mesmo podendo suceder nas hipóteses de liminar ou antecipação de tutela sem audiência da parte contrária nos processos cautelares ou de conhecimento.³⁵⁰

Na alienação fiduciária, assim como na venda particular feita pelo credor pignoratício, nos termos do art. 1.433, IV, do Código Civil, ou no caso do leilão do art. 63 da Lei 4.591/64, existe a possibilidade de se instaurar o contraditório, se houver lesão ou ameaça de lesão a direito, e essa instauração há de se fazer de acordo com o regime da relação jurídica de direito material em questão.

No caso da alienação fiduciária de coisa imóvel, por exemplo, a estrutura do processo pelo qual se busca a satisfação do crédito é incompatível com a dinâmica do processo de execução, não se podendo pensar em expropriação de bens do devedor, que é traço característico da execução (CPC, art. 646), pois na alienação fiduciária o pagamento está vinculado a um bem do próprio credor, e não do devedor; aqui, como se viu, o direito do credor repousa na propriedade fiduciária, cuja titularidade é dele mesmo, credor, e não do devedor; o pagamento ou o não pagamento produz os efeitos da condição

349 JÚNIOR, Nelson Nery, *ob. cit.*, p. 140. *Esse autor registra a posição da doutrina alemã, entendendo que seriam manifestação do contraditório até mesmo o direito à nomeação de bens à penhora e outros atos, como a objeção de pré-executividade, apontando, ainda, decisão no sentido de que na execução só existiria um contraditório posterior* (p. 140, nota 291).

350 *A esse propósito, ver Ada Pellegrini Grinover, Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, p. 94 e ss. Nelson Nery Júnior sustenta que a antecipação da tutela não significa "violação do princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo oportunamente no processo (...) Haveria ofensa ao mandamento constitucional se ao réu (...) não se desse oportunidade de defesa" (cit., pp. 146/148).

a que está subordinado o contrato (destinando a propriedade ao devedor ou consolidando-a no credor), o que se dá naturalmente, sem intervenção judicial, não sendo possível ajustar a dogmática da condição resolutiva à estrutura da expropriação no processo comum de execução. Na alienação fiduciária, a propriedade se consolida no credor pelo não cumprimento da condição resolutiva; o leilão que se segue é apenas uma limitação a mais que a lei impôs ao direito do proprietário fiduciário, para adequar os efeitos da condição resolutiva às peculiaridades da garantia a que se presta.

Isso não obstante, todas essas situações têm em comum a garantia do direito de ação, com a possibilidade de instaurar-se o contraditório de acordo com cada situação específica.

De fato, da mesma forma que na ação de execução ou na ação monitória o contraditório se instaura por iniciativa do devedor, ou do réu, mediante ajuizamento de ação de embargos, na alienação fiduciária, *mutatis mutandis*, é igualmente do devedor a iniciativa do contraditório, pela possibilidade de reação em face da notificação que vier a receber nos termos do art. 26 da Lei 9.514/97.

Com efeito, o contraditório se caracteriza, fundamentalmente, pela efetiva possibilidade de reação, a partir do momento em que a parte toma ciência de algum ato que lhe seja desfavorável, como observa Sergio La China, para quem a manifestação técnica do contraditório decorre da articulação de dois aspectos, quais sejam, a informação (notificação, citação) e reação (embargos, ação), *necessária sempre a primeira, eventual a segunda (mas necessário que seja efetivamente viável)*³⁵¹.

351 *Apud* Nelson Nery Júnior, ob. cit., p. 133: “...il principio del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, il due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda (ma necessario chi sia resa possibile!), in *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, p. 394). No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco, in *Execução civil*, Editora

A propósito, Cândido Dinamarco observa que “a efetividade das oportunidades para participar depende sempre do conhecimento que a parte tenha do ato a ser atacado”, sendo indispensável que, para cumprimento da exigência constitucional do contraditório, o ordenamento ofereça oportunidade ou “deve conter momentos para que cada uma das partes *peça, alegue e prove* (...). Diz-se então que o contraditório se exerce mediante *reação* aos atos desfavoráveis, seja que eles venham da parte contrária ou do juiz.”³⁵²

Ora, ao entregar a notificação, o Oficial do Registro de Imóveis (ou o do Registro de Títulos e Documentos) transmite uma informação que dará ao devedor a possibilidade de opor resistência, colocando em prática o binômio *informação + resistência* caracterizador do contraditório. A reação do devedor será eventual, como ensina La China, porque só poderá se manifestar se houver lesão ou ameaça de lesão a direito, mas é viável porque há, no ordenamento, meios para sua manifestação, observadas as condições da ação definidas na lei processual.

Na linha desse conceito, o Professor Arruda Alvim examinou percutientemente o regime de cobrança extrajudicial do Decreto-lei nº 70, de 1966, e, referindo-se ao binômio deflagrador do contraditório, observou que, uma vez efetivada a notificação, “todos os meios de reação, de resistência, extrajudiciais ou judiciais, restam à disposição do mutuário. Inclusive, com a possibilidade de o devedor, objetivando a recuperação do bem, purgar a mora até a expedição da carta de arrematação (cf. art. 34 do DL nº 70/66).”³⁵³

Assim, a notificação, por si só, não provoca lesão de direito do devedor, nem ofende o princípio do direito de ação.

Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, nº 100, p. 168 e nota 10.

352 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, ps. 126/127.

353 *Parecer emitido em fevereiro de 1999.*

Antes, exprime a informação que possibilita ao devedor opor sua resistência se, eventualmente, houver lesão ou ameaça de lesão.

O mesmo se dá quanto às normas relativas à consolidação da propriedade e ao leilão extrajudicial do imóvel.

O exame da compatibilidade entre a garantia do devido processo legal e as normas relativas à consolidação da propriedade e ao leilão recomenda se tenha sempre presente a natureza do direito material em questão, atentando-se para a distinção entre a configuração do direito real representado pela propriedade fiduciária e a configuração dos demais direitos reais de garantia. Observe-se, por exemplo, que na hipoteca o destinatário da garantia constitucional que veda o desapossamento sem o devido processo legal é o devedor (porque é ele, o devedor, o proprietário do bem objeto da garantia), enquanto na propriedade fiduciária o destinatário dessa garantia constitucional é o credor (porque na fidúcia o credor é que é proprietário do bem objeto da garantia, ainda que sob condição resolutiva). Por isso, na implementação da consolidação da propriedade e do leilão, o direito que está em foco é o do credor, de modo que se houver lesão ou ameaça de lesão à propriedade, o direito que será atingido será o do credor — proprietário fiduciário —, se este for impedido de exercer as prerrogativas de proprietário que a lei lhe assegura. Dada essa configuração, não se pode pensar na satisfação do crédito mediante *expropriação de bens do devedor*, que caracteriza o processo de execução (CPC, art. 646).

Um dos efeitos normais da propriedade fiduciária é a consolidação do domínio pleno no fiduciário, em caso de inadimplemento do devedor, o que se configura independente de interpelação, em razão da regra *dies interpellat pro homine*, já que se trata de obrigação a termo, operando-se a consolidação independente de intervenção judicial, nos termos dos arts. 1.359 e 1.360 do Código Civil.

Isso não obstante, a Lei 9.514/97 criou uma nova limitação no conceito da propriedade resolúvel, ao impor ao credor

o ônus de vender o imóvel, em público leilão, só permitindo a plena apropriação da propriedade pelo credor depois de comprovar a realização de dois leilões. A limitação dos poderes do proprietário (credor-fiduciário) imposta em favor do devedor tem por fim coibir eventual enriquecimento sem causa e, além disso, dar oportunidade ao devedor de recuperação das quantias que houver pago, no todo ou em parte.

As normas relativas à propriedade resolúvel, e, bem assim, à sua consolidação, não são incompatíveis com os princípios constitucionais em questão, porque nada excluem do controle judicial.

Tanto quanto na fase contemporânea à notificação, também nas fases da consolidação e do leilão estará assegurada a intervenção judicial se na implementação dessas normas resultar alguma lesão de direito ou ameaça de lesão aos direitos do fiduciante.

O fato de essas normas serem implementadas no plano extrajudicial “não significa que esteja afastado o controle judicial ou, como se poderia pensar, erroneamente, a ampla defesa e o devido processo legal,” como observa o Professor Arruda Alvim, no parecer antes referido: “Estes vetores são exercidos não somente *a posteriori*, mas, também, no próprio curso do procedimento da execução, para impedir e reprimir, pelos meios processuais próprios, que eventual ilegalidade seja perpetrada, como, ainda, podem ser objeto de medidas prévias.”³⁵⁴

O leilão extrajudicial também não implica qualquer violação do princípio do devido processo legal, não atingindo, de maneira alguma, a garantia do direito de ação.

No que tange aos procedimentos de cobrança e leilão decorrentes de inadimplemento em contratos de alienação fiduciária de bens imóveis, Cândido Dinamarco sustenta que o recurso ao controle judicial “é admissível em *dois momentos* e

354 Parecer citado.

com duas finalidades fundamentais”, ou seja, “logo no início, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim (lei n. 9.514, de 20.11.97, art. 26, §§), é lícito ao devedor-fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor (por ex., negando a mora) ou mesmo a regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária (lei *cit.*, art. 26, § 7º), poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (art. 27). Tudo com apoio na promessa constitucional de acesso à justiça, que não arreda nem poderia arredar (Const., art. 5º, inc. XXXV). Por isso (...), o sistema legal de garantia aos créditos mediante a alienação fiduciária de bens imóveis não se choca com a garantia constitucional do *due process of law* nem afronta a inafastável promessa de tutela jurisdicional e acesso à justiça (Const., art. 5º, incs. LIV e LV).”³⁵⁵

Aspecto de especial relevância, aqui, é o da titularidade do imóvel.

Sabe-se que, em razão da alienação fiduciária, o credor torna-se proprietário do imóvel, sob condição resolutiva, e, em decorrência do inadimplemento do devedor, essa propriedade há de consolidar-se no credor. Por isso mesmo, o credor estará vendendo coisa própria, embora fazendo-o para cumprimento do ônus imposto pela lei.³⁵⁶

355 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 1.280.

356 É verdade que esse ônus de vender o imóvel se afigura estranho no contexto da resolubilidade, “um certo desvirtuamento nos efeitos normais da propriedade resolúvel” (Aderbal da Cunha Gonçalves, *Da propriedade resolúvel*, cit, p. 277), mas é plenamente justificado pela idéia da elasticidade do domínio, correspondendo a uma limitação a mais imposta ao credor, em benefício do devedor, na medida em que não permite ao credor a total apropriação do imóvel antes de implementar todas as diligências (leilão) visando recuperar os recursos do devedor.

Dada essa estruturação, não se pode falar em privação de bens do devedor, seja porque este não é proprietário do imóvel, seja por não ter direito aquisitivo sobre o imóvel, neste último caso porque já estará configurado o não cumprimento da condição resolutiva, circunstância que extingue o direito aquisitivo. Não tem o devedor, portanto, legitimidade para deduzir pretensão sob fundamento de ofensa ao princípio do inciso LIV do art. 5º da Constituição.

De outra parte, o leilão visa captar recursos não só para satisfação do crédito, mas, também, para reposição das quantias pagas pelo devedor.

Em suma, a consolidação da propriedade e o leilão, em si, não significam desapossamento de bens do devedor sem o devido processo legal, seja porque o imóvel não é de propriedade do devedor, mas, sim, do credor, tendo o devedor direito à percepção do saldo que se obtiver na venda, ou porque essa consolidação e o leilão se fazem na conformidade da norma legal e de acordo com a natureza específica do direito real em questão.

Obviamente, se o credor fraudar a venda, mediante preço vil ou caso se verifique qualquer hipótese de fraude, tem o devedor direito à reparação das perdas e danos decorrentes desse ato do credor, além de outras ações eventualmente cabíveis. Em qualquer dessas circunstâncias, qualquer dos contratantes responde por perdas e danos, seja o credor que causar prejuízo ao devedor, por fraudar a venda, ou o devedor que impuser prejuízo ao credor.

Todas essas normas relativas à cobrança, à notificação, à consolidação e ao leilão preservam o direito dos contratantes, rigorosamente de acordo com a estrutura e o conteúdo do direito material em questão, que é a propriedade fiduciária, de caráter resolúvel, não afastando, por qualquer forma, a apreciação, pelo Judiciário, de lesão ou ameaça de lesão de direito, seja em relação ao devedor, seja em relação ao cre-

dor.³⁵⁷ Como em qualquer caso de lesão, o controle jurisdicional, quando necessário, far-se-á contemporaneamente ao ato lesivo ou mesmo posteriormente, conforme o caso.

Com efeito, o recurso ao controle jurisdicional pode ser implementado tanto na fase da notificação como na fase de registro da consolidação da propriedade no credor ou, ainda, em razão do leilão; pode o devedor negar a mora, apontar a inobservância de alguma formalidade ou de algum requisito, consignar em pagamento, requerer prestação de contas ou, enfim, propor qualquer ação cabível nas circunstâncias.

Em todas e quaisquer dessas medidas, estará assegurada a efetividade do processo em razão da possibilidade de antecipação da tutela, total ou parcialmente, nos termos dos arts. 273 e 461 do Código de processo Civil, com o que é possível evitar a lesão mediante pronta atuação do Judiciário.

Mas, além da possibilidade de intervenção judicial contemporaneamente ao ato eventualmente lesivo, há o inevitável controle jurisdicional posterior, por ocasião da apreciação do pedido de reintegração de posse, de que trata o art. 30 da Lei 9.514/97, quando o juiz examinará, em sua plenitude, a legalidade dos procedimentos de comprovação da mora, da consolidação da propriedade e da venda no leilão extrajudicial, e, se for o caso, imporá a responsabilização cabível a quem de direito.

357 *Constituiriam ofensa ao princípio do direito de ação expedientes que, de alguma forma, estimulem a fuga ao Poder Judiciário* (uma premiação ou punição para a postulação em Juízo), como, por exemplo, a concessão de desconto no valor de multa administrativa, caso o contribuinte desista de seu direito de buscar prestação jurisdicional (*apud* Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 1989, vol. II, p. 173); é, igualmente, ofensa a esse princípio “condicionar o ajuizamento de ação declaratória ou anulatória de débito fiscal ao prévio depósito do valor do débito, monetariamente corrigido, acrescido dos juros e multa de mora, como dispõe o art. 38 da LEF” (Nelson Nery Júnior, *ob. cit.*, p. 102, citando vários julgados).

Seja como seja, estará plenamente assegurada a efetividade do processo, dispondo as partes de diversas oportunidades para manifestar sua pretensão, quando julgarem lesados ou ameaçados de lesão seus direitos, tudo a partir da conjunção do binômio informação + resistência, que corporifica o contraditório — o devedor-fiduciante é notificado pessoalmente pelo Oficial do Registro de Imóveis, ou por outro meio de que resulte a recepção pessoal da carta-notificação, tomando, então, ciência do procedimento que se deflagra e podendo, a partir dessa informação pessoal, opor a resistência que o ordenamento lhe assegura, se eventualmente se verificar lesão ou ameaça de lesão.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a respeito da alienação fiduciária de bens móveis, não deixa dúvida quanto à constitucionalidade dos procedimentos especiais que visam a realização dessa modalidade de garantia, firmando entendimento no sentido de que não ofendem os princípios constitucionais da igualdade, da ampla defesa e do contraditório os procedimentos do Decreto-lei 911/69, que asseguram ao credor a busca e apreensão e restringem a matéria de defesa alegável na contestação.³⁵⁸

Da mesma forma, já se encontra consolidada a jurisprudência que reconhece a constitucionalidade dos outros procedimentos extrajudiciais de cobrança e de realização de garantia.

Quanto ao leilão de imóvel no caso de alienação fiduciária, também não há qualquer incompatibilidade entre as normas relativas à propriedade resolúvel e as normas constitucionais que garantem o direito de ação. A natureza do procedimento é idêntica à dos procedimentos cuja constitucionalidade já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo, também no leilão de imóvel objeto de propriedade fiduciária, ne-

358 RE 141.320-RS, rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 22.10.96, *apud* Informativo do STF de 28.19.1996, p. 1.

nhuma afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e do direito de ampla defesa. Nesse sentido, a constitucionalidade dos procedimentos de cobrança e leilão regulamentados pela Lei nº 9.514/97 tem sido reafirmada pelos tribunais.³⁵⁹

359 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 9.325/2001, relator Desembargador Fernando Cabral. Da ementa e do voto do relator destacam-se os seguintes excertos: "Aplicação dos dispositivos da Lei nº 9.514/97. Alegação de inconstitucionalidade manifesta das normas legais, que instituíram o procedimento extrajudicial para a resolução do negócio jurídico e para a satisfação do crédito do fiduciário, inconfigurada. Hipótese que se assemelha à do Decreto-lei nº 70/66, cuja constitucionalidade de seus dispositivos já foi afirmada pelo STF. Procedimento extrajudicial que não constitui novidade em nosso ordenamento jurídico, sendo adotado em outros diplomas legais. Ausência de afronta aos princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa (...). As mesmas razões podem ser transplantadas para a análise dos dispositivos da lei que regula o financiamento imobiliário em geral e institui a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, não se podendo falar, portanto, em flagrante inconstitucionalidade de seus dispositivos, com muito maior razão, pois aqui a propriedade do bem é do credor fiduciário, que transmite ao devedor a posse do mesmo e lhe garante que, uma vez integralizado o preço, o domínio, então, lhe será automaticamente transmitido (...). É evidente que se a resolução de pleno direito do negócio jurídico e a execução extrajudicial do débito existente causarem aos agravados qualquer prejuízo, poderão eles, por meio de ação própria, reivindicar a sua reparação ou eventuais diferenças a que façam jus." Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 5ª Câmara. Agravo de Instrumento nº 880.879-0-2. Relator Juiz Manoel de Queiroz Pereira Calças: "Alienação fiduciária de imóvel. Lei n. 9.514/97. Ação de reintegração de posse. Consolidação da propriedade. Inteligência dos artigos 26 e 30. Inconstitucionalidade. Inocorrência. Código de Defesa do Consumidor. Observando-se, com rigor, os artigos 22 a 30 da Lei n. 9.514/97 e consolidada a propriedade fiduciária em nome do credor, assegura-lhe a lei o direito à concessão liminar da reintegração de posse do imóvel, que deverá ser desocupado no prazo de sessenta dias. A previsão de leilão extrajudicial e consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor por ato do registrador imobiliário não afronta a Constituição Federal, já que o acesso ao Judiciário, a ampla defesa e o contraditório continuam assegurados ao devedor que se sentir prejudicado. Agravo improvido."

Nesse caso, importa notar que, consolidada a propriedade, o credor estará vendendo coisa própria, embora fazendo-o para cumprimento do ônus imposto pela lei. É verdade que esse ônus de vender o imóvel se afigura estranho no contexto da resolubilidade, "um certo desvirtuamento nos efeitos normais da propriedade resolúvel,"³⁶⁰ pois os efeitos da condição se produzem automaticamente, operando a consolidação da propriedade no fiduciário de pleno direito, sem nenhuma restrição; entretanto, dada a densidade social da condição resolutiva no caso da alienação fiduciária, o ônus que a Lei 9.514/97 impõe ao credor-fiduciário (vender o imóvel, depois de consolidado em seu nome) é plenamente justificável e opera em benefício do devedor, na medida em que visa obter recursos para restituição de quantias que este tiver pago no contrato de mútuo.

Operados os efeitos da condição, não se pode falar em privação de bens do devedor porque este não é proprietário e não é titular de direito aquisitivo sobre o imóvel a ser vendido em leilão. Não estaria o devedor, portanto, legitimado a deduzir pretensão sob fundamento de ofensa ao princípio do inciso LIV do art. 5º da Constituição.

De outra parte, o leilão visa captar recursos não só para satisfação do crédito, mas, também, para restituição de quantias pagas pelo devedor. Tem o devedor, assim, legitimidade para buscar a proteção dos direitos de crédito oriundos desse leilão, devendo fazê-lo pelos meios adequados.

Em suma, a consolidação da propriedade e o leilão, em si, não significam desapossamento de bens do devedor sem o devido processo legal, seja porque o imóvel não é do devedor, mas, sim, do credor, tendo o devedor direito à percepção do saldo que se obtiver na venda, ou porque essa consolidação e o leilão se fazem na conformidade da norma legal e de acordo com a natureza específica do direito real em questão.

360 GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *Da propriedade resolúvel*, cit., p. 277.

4.4.15.3. Outros procedimentos de leilão extrajudicial regulados por lei

Dada a identidade própria que tem a propriedade fiduciária, não se pode cotejá-la, rigorosamente, com outros direitos reais de garantia, nem comparar os procedimentos de leilão com outros meios extrajudiciais de cobrança de dívidas e de venda de bens do devedor, pois, obviamente, cada um desses procedimentos deve adequar-se ao conteúdo próprio de cada espécie de dívida e de garantia.

Os casos mais comuns, além do contrato de alienação fiduciária, são o da realização da garantia hipotecária regulada pelo Decreto-lei 70, de 1966, e o da venda de unidade imobiliária em construção pertencente a condômino inadimplente, regulada pela Lei 4.591/64.

Não há qualquer semelhança entre a estrutura do direito material visada pelos citados diplomas, pois a Lei 4.591/64 e o Decreto-lei 70/66 cuidam de *leilão de imóvel do devedor*, enquanto a Lei 9.514/97 trata de *leilão de imóvel do credor*.

Isso não obstante, esses regimes especiais de realização de garantia têm em comum o fato de os procedimentos de comprovação da mora e de venda do bem se desenrolarem no plano extrajudicial, sendo útil observar alguns aspectos a isso relativos, no que têm de relevante.

4.4.15.3.1. Os procedimentos de cobrança e leilão regulados pelo Decreto-lei 70, de 1966

Ao apreciar as normas do Decreto-lei 70/66 à luz da garantia constitucional, anteriormente à Carta de 1988, Orlando Gomes, na clássica obra *Direitos Reais*, invoca uma série de exemplos de procedimentos extrajudiciais de realização de garantias (no penhor, na alienação fiduciária, na falência), em que se mantém sempre aberta a possibilidade de intervenção judicial, admitindo que o devedor possa buscar a prestação jurisdicional a qualquer tempo do procedimento, ou até mes-

mo antes dele, “não estando excluída, por conseguinte, a cognição pelo Poder Judiciário.”³⁶¹

De fato, em todo o curso dos procedimentos, permanece inteiramente aberta a possibilidade de busca de prestação jurisdicional, sempre que ocorrer lesão de direito ou ameaça de lesão, mas, não obstante, registram-se posicionamentos pela inconstitucionalidade desse mecanismo extrajudicial.

Em doutrina, Ada Pellegrini Grinover, referindo-se às modalidades de cobrança de dívida extrajudicial do Decreto-lei 70/66 e judicial da Lei 5.741/71, assim se pronuncia: “Referidos diplomas legais permitem que a execução das operações ligadas aos mútuos para aquisição de casa própria se faça mediante procedimento administrativo sumário, instaurado por simples solicitação do credor ao agente fiduciário, sem possibilidade de defesa, sem contraditório, sem fase de conhecimento, ainda que incidental (...) o agente fiduciário pode ser o próprio credor (...) Nessa hipótese, concentram-se nas mãos da mesma entidade a legitimação para a execução e a competência legal para os atos executivos (...) o controle jurisdicional é insuficiente porquanto a lide se circunscreve tão-só à verificação do preenchimento das formalidades legais, ficando a matéria restrita ao âmbito angusto da discussão sobre a posse (...) A verdade é que a malsinada execução extrajudicial consagra uma forma de autotutela, repudiada pelo Estado de direito (...) infringe o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judiciária e fere os institutos da unidade da jurisdição e da atribuição da função jurisdicional ao juiz constitucional; além de violar os postulados que garantem o direito de defesa, o contraditório, a produção das próprias razões, sem os quais não pode caracterizar-se o devido processo legal.”³⁶²

361 GOMES, Orlando, *Direitos Reais*. 14.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, pg. 393. Atualizador Humberto Theodoro Júnior.

362 GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 200.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que no procedimento do poder econômico caracterizado pelo Decreto-lei 70/66 somente é possível o pedido de purgação de mora, sendo inviável o exercício da defesa, já que purgar, como é cediço, não é defender: "Não cabe, evidentemente, o argumento de que o devedor, após o leilão, pode levar ao Poder Judiciário suas eventuais objeções (...) a própria Constituição veda ao legislador processual construir um procedimento que só permita a cognição das objeções, "através de ação inversa, após o leilão do bem dado em garantia."³⁶³

Data venia, a cobrança pelo regime do Decreto-lei 70/66 não implica autotutela, sendo equivocada a presunção de que "o agente fiduciário pode ser — e na maioria das vezes o é — o credor hipotecário," circunstância que possibilitaria a concentração "nas mãos da mesma entidade a legitimação ativa (...) e a competência para os atos executivos." Na verdade, o agente fiduciário jamais é o credor hipotecário, sempre é figura estranha à relação contratual, podendo ser instituição financeira ou outra entidade credenciada pelo Banco Central do Brasil, mas jamais o credor hipotecário. O que se tem no Decreto-lei 70/66 é a disciplina da venda particular do bem objeto da garantia, semelhante a inúmeras outras existentes nas modernas legislações de países democráticos, como é o precedente do art. 1.433, IV, do Código Civil.

Mas nenhuma dessas modalidades de venda particular exprime autotutela. Antes, é forma contratual de realização de garantia plenamente permitida pelo direito positivo.

Tanto na hipótese do Decreto-lei 70/66, quanto na hipótese prevista no art. 1.433, IV, do Código Civil, em que o credor fica autorizado, pelo contrato, a promover a venda do objeto da garantia, não se rompe o princípio do devido processo legal, não se atingindo de nenhuma maneira o direito de ação, porque em qualquer desses casos o devedor, desde que

363 *Ob. cit.*, p. 72.

sofra lesão ou ameaça de lesão de seu direito, tem caminho absolutamente livre para postular em juízo a repressão ou a vedação da prática de atos lesivos. Os registros forenses têm demonstrado a aplicação prática desse princípio, na forma de ações em que se atacam procedimentos de cobrança e leilão realizados de acordo com o Decreto-lei 70/66.

De outra parte, não se pode dizer que o controle jurisdicional seja insuficiente, nem que a matéria fica restrita ao âmbito angusto da discussão sobre a posse; de igual maneira, é equivocada a impressão de que só seria possível ao devedor, mediante ação inversa, manifestar sua pretensão após o leilão do bem dado em garantia; na realidade, a eventual ação do devedor pode ser intentada a qualquer momento, desde que se tenha a configuração de lesão ou ameaça de lesão a seu direito, podendo ele opor sua resistência desde o momento em que toma ciência do início dos procedimentos, com a notificação que receber para purga da mora; de outra parte, a resistência não se circunscreve aos limites da purgação da mora, podendo espalhar-se por todo o campo de defesa, com toda a amplitude do direito de ação assegurado pela Constituição.

Em situação análoga, como a do leilão de unidade imobiliária em construção, nos termos do art. 63 da Lei 4.591/64, também se verifica a mesma amplitude do direito de ação, mediante provocação do condômino inadimplente. Também nesse caso não se configura qualquer obstrução no acesso ao Judiciário, como observa Francisco Arnaldo Schmidt: "Isso a lei não impede, nem poderia fazê-lo, sob pena de, aí sim, abrigar preceito inconstitucional. Veja-se que a existência de processos judiciais questionando a validade do art. 63 constitui o melhor argumento contra a alegação de que a matéria teria sido subtraída à apreciação do Poder Judiciário."³⁶⁴

364 SCHIMIDT, Francisco Arnaldo, *Incorporação imobiliária — teoria e prática*. Porto Alegre: Editora Gráfica Metrópole, 1995, p. 112.

A apreciação dessas questões pelos tribunais vem se desenvolvendo de maneira ampla desde a edição do Decreto-lei 70, em 1966.

O extinto Tribunal Federal de Recursos sempre se posicionou pela constitucionalidade das normas do Decreto-lei 70/66,³⁶⁵ confirmando-se esse posicionamento no Superior Tribunal de Justiça.³⁶⁶ Pela inconstitucionalidade, posicionaram-se o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo-Órgão Especial e o Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul.³⁶⁷

As decisões que reconhecem compatibilidade da venda extrajudicial com o princípio constitucional se fundamentam em que não há exigência constitucional no sentido de a venda ser precedida de processo judicial, salientando que nosso direito sempre admitiu a venda, por iniciativa do credor, do objeto da garantia no caso do penhor, desde que autorizada pelo contrato; salientam essas decisões que inconstitucional seria a norma que proibisse que lesão de direito seja levada à decisão do Poder Judiciário, mas não há restrição nesse sentido, e se ilegítima a venda efetuada pelo agente fiduciário, por inobservância da lei ou do contrato, terá o interessado, ao seu dispor, a ação própria para anulá-la.

As decisões pela inconstitucionalidade vêem uma redução do campo de defesa do devedor, a partir do conceito de que “a ampla defesa importa, antes de mais nada, a prévia audiência, direito maior que não convive com os efeitos da preclusão da notificação extrajudicial da iniciativa do agente fiduciário (Decreto-lei 70, art. 31).”³⁶⁸ Fundamenta-se esse entendi-

365 TFR-RF, 254/246, RJTJESP, 68/121, RTFR, 122/99, 161/193, TFR-RF, 260/223.

366 REsp 46050-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, j. 27.4.94, unânime, DJU, 30.5.94

367 Lex-JTA, 151/186 (TASP-Órgão Especial, 4 votos vencidos) e JTAERGS, 76/81 (TARS-Órgão Especial, um voto vencido).

368 Incidente de inconstitucionalidade na Apelação Cível 189040938-Órgão Especial do TARS.

mento em que o prazo da notificação não é para defesa, mas para purgação da mora e essa purgação é reconhecimento do pedido. Do acórdão do Incidente de Inconstitucionalidade do TARS extrai-se: "Nestas condições, sustentável que fosse a recusa à inconstitucionalidade da execução especial frente às regras da Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1/69 (que só implicitamente consagrava o *due process* e que só trazia expressa a garantia de acesso ao Judiciário), agora, com o advento da nova Carta, exibiram-se à calva as mencionadas incompatibilidades. A interpretação sistemática e ideológica do texto constitucional recente obriga à consideração de que as garantias fundamentais dos incs. XXXV, LIV e LV, do art. 5º, têm significação embricada. O acesso judicial supõe segurança do devido processo legal, expressado que esta se impõe o contraditório e a ampla defesa."

O entendimento pela inconstitucionalidade não tem merecido acolhida dos tribunais superiores, cujas decisões vêm reconhecendo a constitucionalidade do procedimento especial do Decreto-lei 70/66 sob vários argumentos³⁶⁹, entre eles se destacando:

- não há limitação ou redução do campo de defesa do devedor, ao qual está assegurado o direito de propor as ações cabíveis (cautelar de sustação de procedimento de cobrança e leilão, revisional de contrato, consignatória, prestação de contas ou qualquer outra) sempre que entender lesado seu direito;
- só não haveria o controle judicial se o próprio texto da lei assim dispusesse;
- Decreto-lei 70/66 possibilita a purgação da mora a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, sem prejuízo de recurso ao Judiciário;
- Decreto-lei 70/66 impõe severa sanção ao agente fiduciário que não agir legalmente;

369 Seminário promovido pelo Centro de Debates e Estudos do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro – CEDES, em Angra dos Reis, Setembro de 1994.

- O devedor, antes do início da execução, quando tiver fundada razão para pôr em dúvida a imparcialidade ou a idoneidade do agente fiduciário eleito no contrato, poderá pedir em juízo sua destituição (DL 70/66, arts. 31 e 41, § 1).

- Com efeito, em procedimentos como o do Decreto-lei 70/66, a prévia audiência da parte para instauração da ampla defesa se torna possível a partir do momento em que se efetiva a notificação, pois é por ela que se dá ciência do prazo ao devedor, ciência essa que viabiliza a resistência do devedor, por qualquer dos meios admitidos em direito, judiciais ou extrajudiciais, por força do binômio *informação + resistência* que corporifica o contraditório. Nada obsta que o devedor, recebendo a notificação, oponha resistência.

Mas ainda que ultrapassada a fase da notificação, o devedor tem assegurada, nos termos do art. 40 do Decreto-lei 70/66, a reparação de todas as perdas e danos decorrentes de alienação do imóvel, quando essa se fizer mediante ato ilícito, fraude, simulação ou comprovada má-fé do agente fiduciário.

Importa notar, ainda, que, em casos como o do Decreto-lei 70/66, a venda do bem objeto da garantia é determinada por acordo de vontades, constante do título constitutivo da hipoteca, acordo esse autorizado expressamente por lei, como sucede no penhor (Código Civil, art. 1.433, IV), em que a venda é promovida pelo próprio credor, e nas construções de edifícios sob o regime da Lei 4.591/64, em que a Comissão de Representantes dos Condôminos está legitimada, por mandato legal, a vender as frações ideais e acessões de condôminos inadimplentes. Em qualquer dessas hipóteses, a venda é precedida de ampla publicidade. A esse propósito, observa Wilson Volpato que o procedimento extrajudicial de execução hipotecária vigente na Espanha, e adotado em alguns países de fala espanhola, também admite prévio acordo de vontades para que a venda do objeto da garantia se faça por Notário.³⁷⁰

370 Não se pode confundir o procedimento contratual de venda de objeto de garantia com outros procedimentos de excussão de garantias, em que se verifica o monopólio do Judiciário. Em conferência pronunciada no Seminário do

Na linha desses princípios, o Supremo Tribunal Federal vem ratificando seu posicionamento pela constitucionalidade dos procedimentos extrajudiciais do Decreto-lei 70/66, no Recurso Extraordinário nº 223.075-DF, em decisão unânime, sendo relator o Ministro Ilmar Galvão,³⁷¹ com fundamento em que, "Além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda do imóvel pelo devedor (art. 36, § 2º), não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso de venda do imóvel seja, de logo, reprimida pelos meios processuais próprios."

O acórdão faz alusão a outras situações de venda do bem objeto da garantia, diretamente pelo credor, como é o caso do art. 774, III, do Código Civil de 1916 (penhor), concluindo pela não violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.³⁷²

CEDES, citado, Wilson Volpato assinala que é impossível o cotejo, pois a venda extrajudicial decorre de expresso acordo de vontades no título constitutivo da hipoteca; registra analogia, sim, com a venda amigável nas hipóteses de penhor (C. Civil, art. 774), de alienação fiduciária de bens móveis (DL 911/69, art. 2º) e de construção de edifícios (L. 4.591/64, art. 63). No mesmo Seminário, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça Waldemar Zveiter e Demócrito Ramos Reinaldo e, também, o Desembargador Marcos Faver, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sustentaram a legitimidade dos procedimentos de cobrança e realização de garantia do Decreto-lei 70/66, à luz do princípio do devido processo legal, invocando decisões proferidas anteriormente à Constituição de 1988 pelo então Tribunal Federal de Recursos, no sentido de que está plenamente preservado o controle judicial dessa modalidade de leilão, seja contemporaneamente à sua realização ou posteriormente.

371 Noticiado no Informativo do STF nº 118, de 10.8.98.

372 Colhe-se do voto do relator, Ministro Ilmar Galvão: "Essa mudança, em termos de política legislativa, pôde ser feita, na espécie, sem infligção de dano irreparável às garantias de defesa do devedor. Tem este aberta a via da reparação... Se, no novo procedimento, vier a sofrer detrimento o direito individual concernente à propriedade, a reparação pode ser procurada no Poder Judiciário, seja pelo efeito rescindente da sentença na ação de imissão de posse, seja por ação direta contra o credor ou o agente fiduciário. Assim, a

Posteriormente a esse julgamento, a mesma 1ª Turma, também em votação unânime, deu provimento ao RE 148.872-RS, do qual foi relator o Ministro José Carlos Moreira Alves, reconhecendo ter havido “recepção, pela Carta Magna de 1988, do Decreto-lei nº 70/66”. Ademais, como destacado no Parecer da Procuradoria-Geral da República, no processo de execução, o devedor “é chamado, em tese, para pagar, colaborar com o Juízo, não mais para contestar o direito expresso no título executivo.”³⁷³ E nessa hipótese a instaura-

eventual lesão ao direito individual não fica excluída da apreciação judicial (...) O novo procedimento não retira do Poder Judiciário para o agente fiduciário parcela alguma do poder jurisdicional. O agente fiduciário executa somente uma função administrativa, não necessariamente judicial. A possibilidade dessa atuação administrativa resulta de uma nova especificação legal do contrato hipotecário, que assumiu, nesse particular, feição anteriormente aceita no contrato de penhor, a previsão contratual da excussão por meio de venda amigável (Código Civil, art. 774, III) (...) Restou demonstrado, efetivamente, de modo irretorquível, que o DL nº 70/66, além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda da posse do imóvel pelo devedor (art. 36, § 2º), não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento de venda do imóvel seja, de logo, reprimida pelos meios processuais próprios. Nestas condições, é fora de dúvida que não cabe falar, como fez o acórdão recorrido, em ofensa às normas dos incisos XXXV, XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição, nem, tampouco, em inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa.”

373 Nesse caso, o STF apreciou o incidente de inconstitucionalidade na Ape-
lação Cível 189040938 do TARS e confirmou a recepção do DL 70/66 pela
atual Constituição por inexistir incompatibilidade entre os procedimentos
extrajudiciais e a garantia constitucional do direito de ação. Nesse sentido,
o parecer da Procuradoria-Geral da República, referindo-se aos embargos no
processo de execução, destaca que “as garantias constitucionais relativas ao
processo sofrem mitigação, precisamente por não se cuidar de ação de conhe-
cimento. Mas, isso não obstante, como ora se vê, a qualquer tempo faculta-se
ao suposto lesado o acesso à Justiça, com todas as prerrogativas enunciadas
na Carta Magna (...) No processo de execução o devedor é chamado, em tese,
para pagar, colaborar com o Juízo, não mais para contestar o direito expresso
no título executivo.”

ção do contraditório, bem como o exercício do direito de defesa garantido pela Constituição, depende da iniciativa do próprio devedor, mediante propositura da ação de embargos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se consolidou no sentido de que o procedimento extrajudicial de leilão não inibe o direito de ação assegurado ao adquirente.³⁷⁴

4.4.15.3.2. Os procedimentos de cobrança e leilão da Lei 4.591, de 1964

A Lei 4.591/64 contempla um sistema especial de proteção dos créditos da comunidade de condôminos integrantes de empreendimento imobiliário em construção, visando compor rapidamente as situações de mora para manter o fluxo financeiro necessário ao regular andamento da obra. Os procedimentos são disciplinados pelo art. 63 da citada lei.

Trata-se de forma particular de venda de imóvel, previamente pactuada em contrato, e nesse aspecto assemelha-se à venda extrajudicial prevista no Decreto-lei 70/66, com a diferença de que na Lei 4.591/64 a venda é feita diretamente pelo credor, enquanto na hipótese do Decreto-lei 70/66 a venda é feita por uma entidade credenciada pelo Banco Central do

374 STJ. 1ª Turma. ROMS 8867-MG. DJ 13.9.1999. Maioria. Relator Ministro Milton Luiz Pereira. "Mandado de Segurança. Liminar. Requisitos essenciais e conexos. Segurança denegada. Decreto-lei 70/66. Lei 1533/51. (art. 7º, II). 1. Ato judicial de indeferimento da liminar não revestido de ilegalidade, de abusividade, nem teratológico, escapa de censura, merecendo ser mantido. 2. Vezes a basto tem sido afastada a pretensão de acoimar a execução extrajudicial de inconstitucional (Dec.-lei 70/66). Recurso não provido." STJ. 2ª Turma. ROMS 3950-DF. DJ 5.12.1994. Unânime. Relator Ministro Peçanha Martins. "Recurso ordinário, Mandado de Segurança. Ato judicial.. Liminar em medida cautelar. Execução extrajudicial. Impedimento de leilão de imóveis adquiridos pelo SFH. Ausência de ilegalidade. 1. Não se revestindo o ato judicial de ilegalidade ou abusividade e muito menos se afigurando teratológico, não há porque se deferir a segurança contra ele requerida. 2. Recurso ordinário ao qual se nega provimento."

Brasil, estranha à relação jurídica de direito material existente entre credor e devedor.

No caso do condomínio, a Comissão de Representantes é investida de mandato irrevogável durante toda a vigência do contrato de construção do edifício, com poderes necessários para, em nome do condômino inadimplente, efetuar a alienação dos direitos de que aquele é titular (§ 5º do art. 63).

Tal como sucede nos procedimentos relativos aos contratos de alienação fiduciária e de hipoteca vinculados ao SFH, as normas que disciplinam a venda de unidade imobiliária em construção também não obstruem o direito de ação, nem implicam violação do princípio do contraditório.

A orientação jurisprudencial é pacífica no sentido da constitucionalidade dos procedimentos de venda particular de unidade imobiliária de propriedade de condômino inadimplente,³⁷⁵ firmando-se nesse sentido em razão da prevalência do interesse coletivo, de manter o nível do fluxo financeiro para execução da obra, sobre o interesse individual do devedor, sem que isso crie barreiras ao exercício do seu direito de ação; de outra parte, em eventual conflito de interesses resultante de inadimplemento de condômino, por falta de pagamento de quotas de construção, o direito lesionado é o do credor, representado pela comunidade dos comunheiros, pela redução ou interrupção do curso da obra, com inúmeros prejuízos econômicos e financeiros daí decorrentes.

4.4.16. Constitucionalidade dos meios extrajudiciais de realização de garantias.

Os meios especiais de realização de garantias visam dotar o ordenamento de mecanismos capazes de propiciar rápida recomposição de situações de mora, em prazos compatíveis com as necessidades de manutenção do fluxo de retorno dos

375 STF, RTJ, 79/294 e RE 73.621, RTJ 62/232; TJERJ, RT 412/335; TJRS, RF, 220/237.

empréstimos, com vistas ao interesse coletivo de permanente oferta de crédito, pois os meios tradicionais “não mais satisfazem a uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las.”³⁷⁶

Ora, a oferta de crédito, elemento propulsor da atividade produtiva em geral, depende de mecanismos capazes de imprimir eficácia e rapidez nos processos de recuperação dos créditos. Os mecanismos adotados pelas normas especiais que disciplinam esses procedimentos se ajustam a essas necessidades, harmonizando o interesse coletivo da oferta de crédito com as garantias individuais emanadas da Constituição.

De outra parte, independente da celeridade específica, reclamada no campo da atividade creditícia, a sociedade vem igualmente clamando pela efetividade e presteza da prestação jurisdicional, e é nesse sentido que vem se amoldando toda a reformulação do Código de Processo Civil, a partir de 1994, visando superar os problemas decorrentes da sobrecarga do judiciário, da burocratização e, enfim, de tudo quanto possa tornar moroso o processo, pois, como adverte Ada Pellegrini Grinover, “a crise da justiça (...) com a sobrecarga dos tribunais, a morosidade do processo, a burocratização dos juízes, a complicação procedimental, corresponde, na verdade, à denegação da justiça.”³⁷⁷

É nesse contexto que *prestigiosa corrente doutrinária* a que se refere o Ministro Ilmar Galvão, no voto proferido no

376 ALVES, José Carlos Moreira, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 3. As deficiências das garantias tradicionais dos sistemas de origem romana mostram-se mais acentuadas desde o final do século XIX, pelo ritmo acelerado que o desenvolvimento do capitalismo financeiro imprimiu na circulação das riquezas, ensejando a formulação de novas modalidades de garantia, a partir da construção doutrinária de juristas alemães e italianos, como é o caso da concepção do negócio fiduciário por Regelsberger, em 1880.

377 GRINOVER, Ada Pellegrini, *O Processo e sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 93/96.

RE 223075-DF, preconiza a execução da dívida ativa do Estado na esfera administrativa, na medida em que reveste-se ela, na verdade, de atos de natureza meramente administrativa, reservando-se ao Judiciário tão somente a apreciação e o julgamento de impugnações, com o que estaria preservado o monopólio do Poder Judiciário. O mesmo se dá com a arbitragem, disciplinada pela Lei 9.307/96, que, contemplando, embora, a solução de conflitos independente da intervenção do judiciário, não fere o princípio do juiz natural, não se tratando de tribunal de exceção, nem de autotutela, ficando sempre preservado o monopólio do Judiciário para apreciação de eventual lesão de direito.

O Professor Arruda Alvim reconhece a necessidade de mecanismos eficazes para recomposição de situações de mora do devedor, como forma de manutenção dos sistemas de crédito, em benefício de toda a coletividade. Não obstante, atento à garantia constitucional de acesso ao Judiciário, chama a atenção para que a possibilidade de provimento antecipado da tutela atua em favor do devedor, tornando efetiva aquela garantia constitucional. Diz o Professor: "Com a possibilidade de antecipação, parcial ou mesmo total da tutela, não se pode negar que, mesmo praticamente, abriu-se caminho máximo e pronto/instantâneo de acesso ao Judiciário, tudo dependendo da iniciativa do interessado. Anote-se, ademais, que a antecipação de tutela, do art. 273, foi criada como instituto geral, aplicável a todas as hipóteses. E, acrescente-se, ainda, que o art. 461, *mutatis mutandis*, para os casos de obrigação de fazer ou não fazer, disciplinou o assunto com os mesmos objetivos. Desta forma, pois, se houvesse algum resquício de fundamento, no sentido de que a alienação extrajudicial 'arranharia' o princípio do contraditório, esse se esvaneceu total e inteiramente. Esses textos, por excelência, colimam prevenir o dano, acima de tudo."³⁷⁸

378 *Parecer citado.*

Não há dúvida de que qualquer dos procedimentos extrajudiciais considerados, assim como as antecipações de tutela dos arts. 273, 461 e 461A da lei processual civil, podem, eventualmente, dar causa a lesão de direito, inclusive por inobservância de requisitos ou formalidades do procedimento e, nesse caso, está aberta ao interessado *aquela possibilidade eventual, mas efetiva*, a que se refere Sergio La China, de postular a intervenção judicial ou interpor os recursos cabíveis, colocando em prática a garantia constitucional. Cumpre ao credor ou ao agente fiduciário, ou, ainda, à comissão de representantes do condomínio, para evitar lesão ou ameaça de lesão de direito, agir com rigor ético e com observância dos requisitos legais, de modo a não causar lesão a direito do devedor, para que se harmonizem a função social do crédito e a garantia dos direitos individuais do devedor.

Ao lado desses mecanismos, o direito positivo vem incorporando outros meios extrajudiciais de solução de problemas e disso são exemplos as Leis nºs 10.931/2004 e 11.101/2005, a primeira regulamentando a constituição de patrimônio de afetação formado pelos bens, direitos e obrigações integrantes de incorporação imobiliária, pela qual se autoriza a intervenção direta dos adquirentes na administração do negócio, mesmo em caso de falência da empresa incorporadora, e a segunda regulamentando a recuperação do empresário e da sociedade empresária. São normas legais que autorizam a livre negociação entre credores e devedores visando prevenir situações de desequilíbrio econômico-financeiro da empresa devedora e preservar a atividade produtiva. Ao mesmo passo, permitem às partes agir diretamente, com simplicidade e rapidez, visando a continuação do negócio, de forma a assegurar a circulação de riquezas, a manutenção da fonte de renda dos trabalhadores e o cumprimento da função social do contrato e do crédito. A atuação direta das partes não substitui a função jurisdicional, pois não afasta a intervenção do Judiciário, sendo certo, entretanto, que este só intervirá se houver lesão ou ameaça de lesão a direito das partes envolvidas.

No caso do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, a Lei nº 10.931/2004 introduziu novos dispositivos na Lei nº 4.591/64 prevendo que, caso a empresa incorporadora venha a falir, a comissão de representantes dos adquirentes assumirá a administração da incorporação, prosseguindo a obra com autonomia, independente do processo falimentar, estando autorizada a vender diretamente as unidades imobiliárias do "estoque" da empresa incorporadora, mediante leilão extrajudicial, recolhendo à massa falida o saldo positivo, se houver, tudo isso independente de intervenção judicial. Essa prerrogativa é ratificada pela Lei nº 11.101/2005, cujo art. 119, IX, dispõe que os bens, direitos e obrigações integrantes de patrimônios de afetação permanecerão separados, prosseguindo o curso normal dos respectivos contratos até o cumprimento da sua finalidade, de acordo com seu regime jurídico próprio, mantendo-se esses patrimônios fora da administração da falência.

Outro procedimento extrajudicial regulamentado pela mesma Lei 10.931/2004 diz respeito à retificação de registros de imóveis, pelo qual as retificações de metragens dos imóveis ou outras incorreções passarão a ser feitas diretamente pelo oficial do Registro de Imóveis, só se levando ao Judiciário as situações em que não houver acordo entre as partes ou houver lesão do direito de propriedade de algum confrontante.

Mas além dessas, já contempladas no direito positivo, há várias outras situações que comportam resolução extrajudicial de problemas, como é a hipótese prevista no Projeto de Lei nº 4725/2004, pelo qual se propõe seja efetivado mediante escritura pública o inventário e a partilha de bens, nos casos em que os interessados sejam capazes e entre eles não haja divergência, bem como a separação consensual e o divórcio consensual, quando não houver filhos menores do casal.

É claro que em todos esses casos haverá de ser respeitados os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, mas o recurso ao Judiciário só ocorrerá se e quando houver lesão ou ameaça de lesão a direito.

No caso específico da venda extrajudicial do bem objeto da garantia, as normas não são, em si mesmas, incompatíveis com os princípios constitucionais do art. 5º, XXXV, LIV e LV, podendo ser exercido o direito de ação pelo devedor sempre que ocorrer lesão ou ameaça de lesão a direito, inclusive se verificada por inobservância dos requisitos legais consubstanciados nos princípios de aplicação geral e nas normas específicas, que delineiam o regime legal peculiar de cada modalidade de venda privada, sejam as normas do Código Civil, relativas ao penhor, ou aquelas contidas na legislação especial.

A inobservância dessas normas, causando lesão ou ameaça de lesão a direito, enseja a atuação judicial não só para reprimir ou impedir a prática de ato lesivo, como, também, para impor a reparação de danos causados por fraude de qualquer natureza, a exemplo do que prevêem os arts. 40 e 41 do Decreto-lei 70/66.

4.5. Cessão fiduciária de direitos creditórios

4.5.1. Lei nº 4.864, de 1965 — Aplicação restrita

Na mesma linha conceitual sobre a qual está configurada a alienação fiduciária, a Lei 4.864, de 29 de novembro de 1965, instituiu uma garantia fiduciária tendo como objeto direitos creditórios decorrentes de alienação de imóveis, regulamentando o contrato de *cessão fiduciária de crédito em garantia*.

A garantia criada por aquela lei tinha espectro limitado, restringindo-se apenas aos créditos oriundos de financiamento habitacional. O propósito da lei era estimular a expansão do crédito no setor habitacional e, nesse sentido, destinava-se aquela cessão fiduciária a servir como garantia dos financiamentos da produção de imóveis. É nesse sentido que seu art. 21 dizia respeito a conjuntos habitacionais de interesse social, dispondo seu art. 22 que os créditos abertos para o fim de financiar a construção daqueles conjuntos poderiam ser “garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária

dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades integrantes do projeto financiado”. Tal garantia, assim, tinha aplicação extremamente limitada, pois só era aplicável para garantia de créditos imobiliários que tivessem como credoras entidades financeiras integrantes do sistema financeiro da habitação. O propósito da lei era a expansão do crédito somente no setor habitacional e, nesse sentido, destinava-se a titularidade fiduciária resultante da cessão a servir como garantia dos financiamentos da produção de imóveis habitacionais.

4.5.2. Lei nº 9.514, de 1997 — Ampliação do campo de aplicação.

A Lei nº 9.514/97 regula inteiramente a matéria de que tratava a Lei nº 4.864/65, no que tange à cessão fiduciária de créditos imobiliários, aperfeiçoando a configuração dessa garantia, explicitando com maior clareza o conteúdo e os efeitos da cessão e permitindo a utilização generalizada da garantia.

4.5.3. Art. 66B da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo art. 56 da Lei nº 10.931 – Cessão fiduciária de direitos sobre bens móveis e títulos de crédito.

De acordo com o mesmo padrão adotado para os créditos imobiliários pela Lei nº 9.514/97, a Lei nº 10.931, de 2.8.2004, introduziu no Decreto-lei nº 911/69 o art. 66B,³⁷⁹

379 Lei nº 4.728/65. Art. 66B. “§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decor-

que cria a titularidade fiduciária de direitos sobre bens móveis e de direitos creditórios em geral, mediante contrato de cessão fiduciária. Essa modalidade de garantia, entretanto, só é aplicável aos créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como aos créditos fiscais e previdenciários.

Por essa modalidade de contrato, o devedor se obriga a transferir a titularidade fiduciária dos direitos ou dos créditos ao credor. A forma de constituição dessa garantia é o contrato de cessão e seu modo de constituição é o registro desse contrato em Registro de Títulos e Documentos situado no domicílio do devedor.

Uma vez registrado o contrato, considera-se o devedor-cedente-fiduciante destituído da titularidade e da posse sobre os direitos ou créditos cedidos fiduciariamente e o credor-cessionário-fiduciário investido nessa titularidade e na posse.

Por efeito dessa titularidade, os direitos ou os créditos ingressam no patrimônio do credor, mas com as restrições da fiduciabilidade. Está o credor autorizado a promover a cobrança dos créditos diretamente dos devedores do seu devedor-cedente e a apropriar-se do produto da cobrança, mas somente até o limite do seu crédito e encargos; uma vez satisfeitos seu crédito e a remuneração a que faz jus, o credor-fiduciário deverá restituir ao cedente-fiduciante o saldo remanescente, seja em dinheiro ou em crédito.

Para satisfação dos seus direitos o credor-fiduciário pode usar todas as ações, execuções e recursos que são legalmente

rentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

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

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

deferidos ao devedor-cedente, mesmo em caso de eventual procedimento de recuperação da empresa cedente.

Aos direitos e aos créditos cedidos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como do fisco e da previdência social, aplicam-se as regras dos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514/97, adiante comentados.

4.5.4. – Art. 88 da Lei nº 11.196, de 2005 – Cessão fiduciária de quotas de fundos de investimento para garantia de locação

Ainda de acordo com os princípios de constituição da titularidade fiduciária, o art. 88 da Lei nº 11.196/2005 prevê a possibilidade de cessão de quotas de fundo de investimento em garantia de locação imobiliária.

A cessão pode ser formalizada no próprio contrato de locação ou mediante termo à parte, admitindo-se a estipulação de prazo determinado ou indeterminado. A lei prevê que quando a garantia for prestada por terceiro, este também deverá assinar o contrato de locação ou algum instrumento aditivo.

A cessão será registrada na entidade administradora do fundo, “por meio de termo de cessão fiduciária acompanhado de 1 (uma) via do contrato de locação, constituindo, em favor do credor fiduciário, propriedade resolúvel das quotas.” (1º do art. 88).

O § 3º do mesmo art. 88 prevê que “a cessão em garantia de que trata o caput deste artigo constitui regime fiduciário sobre as quotas cedidas, que ficam indisponíveis, inalienáveis e impenhoráveis, tornando-se a instituição financeira administradora do fundo seu agente fiduciário.”

A menção a “regime fiduciário” é desnecessária, pois o § 1º desse mesmo artigo já atribui à cessão a qualificação “fiduciária.” Além disso, parece equivocada, pois uma cessão não “constitui” um regime; pode, eventualmente, “submeter-se” ou “sujeitar-se” a determinado regime; talvez o legislador qui-

sesse dizer que por força da cessão fiduciária constitui-se um patrimônio separado ou um patrimônio de afetação; sucede que, sendo esse o efeito natural dos atos fiduciários, em geral, a referência a tal segregação seria dispensável.

A indisponibilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade das quotas é inerente à natureza fiduciária da garantia, mas importa ressaltar sua transmissibilidade ao locador, como forma de realização da garantia, para satisfação do crédito correspondente aos aluguéis e encargos da locação.

A cessão fiduciária poderá ser contratada por prazo determinado ou indeterminado (§ 5º), mas na hipótese de prorrogação automática da locação o prestador da garantia (cedente-fiduciante) “permanecerá responsável por todos os seus efeitos, ainda que não tenha anuído no aditivo contratual, podendo, no entanto, exonerar-se da garantia a qualquer tempo, mediante notificação ao locador e à administradora do fundo, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.” (§ 5º do art. 88).

A responsabilização do prestador da garantia sem que ele tenha anuído com a prorrogação do prazo da locação é matéria controvertida, sendo igualmente questionável a possibilidade de sua exoneração a qualquer tempo. A expressão “a qualquer tempo” contida no § 5º do art. 88 diz respeito, salvo melhor juízo, ao período da prorrogação do prazo da locação, devendo ser entendido que o cedente-fiduciante poderá exonerar-se da garantia depois de expirado o prazo contratado, isto é, ao longo do período da prorrogação, e não antes de expirado o prazo contratado.

Em caso de mora, o locador, na qualidade de credor-fiduciário, notificará o locatário e o terceiro prestador da garantia (cedente-fiduciante) para que paguem a dívida em dez dias (§ 6º do art. 88).

Expirado o prazo sem a purgação da mora, a entidade administradora do fundo, na qualidade de agente fiduciário, transferirá ao locador (credor-fiduciário), em caráter pleno e definitivo, a quantidade de quotas suficiente para satisfação

do seu crédito, correspondente ao somatório dos valores dos aluguéis vencidos e não pagos, bem como às penalidades pela mora previstas no contrato, tais como a multa contratual, juros de mora, além das despesas de cobrança e notificação; não sendo as quotas suficientes para esse fim, o locador promoverá a cobrança dos aluguéis e encargos ou o despejo pelos meios peculiares à relação locatícia (§ 7º do art. 88).

É certo que, uma vez efetivada a transferência das quotas, o locador poderá requerer seu resgate para satisfazer seu crédito, mas, na medida em que o que interessa ao locador é o recebimento do crédito de aluguéis, a lei deveria autorizá-lo a requerer diretamente o resgate das quotas, possibilitando-lhe apropriar-se do respectivo produto.

Em caso de excussão indevida da garantia, o locador responde pela restituição das quotas, ou do valor atualizado correspondente, e, bem assim, pela reparação das perdas e danos que tal ato tiver causado.

O agente fiduciário só responderá pelos efeitos da excussão indevida se tiver agido com "comprovado dolo, má-fé, simulação, fraude ou negligência, no exercício da administração do fundo." (§ 9º do art. 88).

A entidade administradora do fundo é responsável pela retenção e recolhimento dos impostos e contribuições incidentes sobre aplicações no fundo.

4.5.5. Conceito e abrangência.

A cessão fiduciária e a alienação fiduciária são institutos similares, exercendo a mesma função de garantia do crédito e alicerçando-se nos mesmos fundamentos; enquanto na alienação o objeto do contrato é um bem (móvel ou imóvel), na cessão o objeto é um direito creditório; em ambas, a transmissão do domínio fiduciário ou da titularidade fiduciária subsiste enquanto perdurar a dívida garantida.

No que tange aos créditos imobiliários, diferentemente do que prescrevia a lei anterior, a Lei 9.514/97 amplia o cam-

po de aplicação da cessão fiduciária de direitos creditórios — tal contrato não mais se restringe à garantia de financiamentos habitacionais e não mais se limita a garantir financiamentos à produção, pois, pela nova lei, a cessão fiduciária de direitos creditórios pode servir como garantia de qualquer operação de financiamento imobiliário.

Tal como dispõe o art. 17, trata-se de garantia aplicável às “operações de financiamento imobiliário em geral”, daí porque têm legitimidade para contratá-la quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, que vierem a estabelecer uma relação creditícia visando um financiamento imobiliário qualquer. Não se trata, como na regulamentação anterior, de contrato privativo de determinadas instituições financeiras, mas de garantia de aplicação generalizada para o financiamento imobiliário, tendo legitimidade para figurar como partes quaisquer pessoas que tenham capacidade para realizar operações imobiliárias e de financiamento imobiliário.

4.5.6. Titularidade fiduciária.

Dispõe o art. 18 da Lei 9.514/97 que “o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida...”.

Por esse contrato, o tomador de um financiamento transfere seus direitos de crédito à instituição financiadora, que os adquire, como cessionária fiduciária.

Essa transferência de titularidade não se faz em termos plenos e definitivos, mas, tendo escopo de garantia, limitados, sendo temporária a transferência — serve a cessão somente para que o cessionário-fiduciário receba recursos para satisfazer seu crédito e perdura somente enquanto perdurar esse crédito. Nesse sentido, dispõe o § 1º do art. 18 que “as importâncias recebidas (...) serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos...”.

A cessão fiduciária tem caráter de direito real, que tem como objeto o direito creditório, somente tendo eficácia *erga omnes* depois de averbado o contrato no Registro de Imóveis competente (art. 17, § 1º), quando se tratar de crédito imobiliário, ou no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, quando se tratar de cessão fiduciária sobre direitos ou títulos de crédito em geral, contratada no âmbito do mercado financeiro e de capitais.

4.5.7. Sujeitos do contrato.

O cedente é o tomador de um empréstimo, que cede créditos em caráter fiduciário para garantia do pagamento da sua dívida.

No que tange à cessão fiduciária de créditos imobiliários, muito embora seja contrato utilizável generalizadamente, para garantia de qualquer financiamento imobiliário, é de se admitir que só venha a ter larga aplicação no setor da produção imobiliária, pois é nesse campo que ocorrerá maior demanda por financiamento, sendo nele gerada a grande massa de créditos decorrentes de operações imobiliárias, que constituirão o objeto da garantia de cessão fiduciária. Assim, as partes do contrato de cessão fiduciária hão de ser, em regra, cedente-fiduciante, o empresário do mercado imobiliário, e cessionária-fiduciária a instituição financeira que tenha fornecido recursos para o financiamento de operações do cedente-fiduciante, operando-se tal cessão em contratos decorrentes de incorporação imobiliária realizada nos termos da Lei 4.591/64; nessa modalidade de operação, o empresário do mercado imobiliário (construtor ou incorporador), depois de ter obtido a aprovação de projeto de construção e de ter arquivado no Registro de Imóveis o Memorial de Incorporação, lança à venda as frações ideais do terreno e respectivas acessões, que, depois de averbada a construção, constituirão as unidades imobiliárias autônomas do edifício; na medida em que

vende, a prazo, esses imóveis, o empresário torna-se titular de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, que podem constituir objeto da cessão fiduciária (art. 17, II).

Não obstante efetivada a cessão fiduciária, subsiste a relação jurídica originalmente estabelecida entre o empresário-cedente e o adquirente-devedor, pois a cessão fiduciária produz efeito somente na relação entre o empresário-cedente e a financiadora-cessionária.

No que tange aos mercados financeiro e de capitais, é de se admitir que a cessão fiduciária de crédito regulamentada pelo art. 66B da Lei nº 4.728/65, por ser mais vantajosa para o credor, venha a substituir o penhor, que ainda hoje é largamente utilizado no mercado financeiro. É que, mesmo empenhados, os créditos permanecem no patrimônio do devedor, sujeitando o credor aos riscos da insolvência daquele, enquanto a titularidade fiduciária exclui os créditos do patrimônio do devedor, afastando-os dos efeitos da falência do devedor. Com efeito, por força do registro do contrato de cessão fiduciária, os créditos objeto da cessão são excluídos do patrimônio do devedor-cedente-fiduciante e são afetados à destinação específica de resgate da dívida à qual estão vinculados, ficando, portanto, imunes aos efeitos de eventual falência ou de recuperação do empresário ou da sociedade devedora; nesse caso, os créditos cedidos fiduciariamente continuarão sendo recebidos diretamente pela credora-cessionária até a integral satisfação do seu crédito, só vindo a arrecadar à massa o saldo que eventualmente remanescer após o resgate integral da dívida do cedente-fiduciante. Na hipótese de não ter havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, o credor terá direito à restituição, prosseguindo a cobrança até satisfação integral do seu crédito, independentemente do procedimento de recuperação ou de falência (Lei nº 11.101/2005, § 3º do art. 49).

4.5.8. Abrangência dos direitos do cessionário fiduciário.

Tal como sucede no penhor (Código Civil, art. 1.433), é transmitido ao credor-cessionário o exercício de todos os direitos creditórios, diretamente perante o adquirente-devedor, dispondo o art. 19 da Lei nº 9.514/97 que compete ao credor: "I- conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente; II- promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária; III- usar das ações, dos recursos e execuções, judiciais ou extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel; IV- receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente."

No que tange à eficácia dessa garantia, a nova lei aperfeiçoa as regras da Lei 4.864/65, pela qual continuava "o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades de depositário," só permitindo que o credor-cessionário exercesse diretamente a cobrança perante os adquirentes-devedores *no caso de inadimplemento da obrigação garantida*. Ora, tais restrições praticamente tornavam sem efeito a cessão fiduciária, na medida em que lhe atribuíam eficácia menor do que a atribuída à caução de títulos regulada pelos arts. 789 e seguintes do Código Civil de 1916, pela qual o credor garantido pela caução podia receber os títulos diretamente dos devedores. A Lei 9.514/97 reveste a cessão fiduciária de maior eficácia, atribuindo ao credor direitos semelhantes àqueles que são conferidos ao credor garantido por caução.

4.5.9. Efeitos quanto à falência ou ao regime de recuperação da empresa cedente-fiduciante.

Pela cessão fiduciária cria-se uma *titularidade fiduciária*, daí porque os créditos objeto da fidúcia são excluídos do pa-

trimônio do devedor-cedente tão logo seja averbado o contrato no Registro de Imóveis ou no Registro de Títulos e Documentos, conforme o caso. Por isso mesmo, prevê a lei que, "na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente", prosseguindo o "cessionário fiduciário no exercício de seus direitos..." (art. 20 e parágrafo). Trata-se de característica típica da garantia fiduciária, qual seja, a de salvaguardar o objeto da garantia dos efeitos da insolvência do devedor, mediante formação de um patrimônio autônomo, que responde exclusivamente pelas obrigações específicas para as quais foi constituído.

Do mesmo modo, a lei exclui dos efeitos de recuperação de empresa os créditos cedidos fiduciariamente,³⁸⁰ prevalecendo o direito do credor-fiduciário de receber os créditos cedidos até o integral pagamento do seu crédito.

A exclusão decorre da Lei nº 11.101/2005, estando compreendidos no § 3º do art. 49 os credores que ocupam a posição de proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis e alcançados pelo inciso IX do art. 119 os bens e direitos integrantes de patrimônios de afetação.

380 Lei nº 11.101, de 2.2.2005: "Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...) § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial."

No que tange especificamente à garantia fiduciária sobre direitos sobre bens móveis e sobre títulos de crédito, a expressão empregada na Lei nº 11.101/2005 – “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis” – deve ser entendida em sentido abrangente, compreendendo os bens corpóreos e incorpóreos, entre eles os direitos sobre bens móveis e os títulos de crédito a que se refere o art. 66B da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo art. 56 da Lei nº 10.931/2004.

A exclusão desses créditos dos efeitos da falência e do procedimento de recuperação da empresa decorre não só da segregação que constitui efeito inerente à própria natureza de toda e qualquer garantia fiduciária – seja sobre bens, móveis ou imóveis, ou direitos –, como também de previsão específica contida na legislação especial sobre a matéria, que, na hipótese de falência do devedor-cedente-fiduciante, assegura ao credor-cessionário-fiduciário a restituição dos títulos que eventualmente estiverem na posse daquele, após o que “prossigirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção” (Lei nº 9.514/97, art. 20 e seu parágrafo único), sendo esses direitos os de receber os créditos diretamente e aplicar o respectivo produto na satisfação do seu crédito com todos os encargos, entregando ao devedor-fiduciante o saldo que porventura restar (Lei nº 9.514/97, arts. 18 e seguintes).

De outra parte, há a regra genérica do inciso IX do art. 119 da Lei nº 11.101, de 2.8.2005, que exclui dos efeitos da falência os bens, direitos e obrigações integrantes de patrimônios de afetação, em geral, os quais permanecerão separados, prosseguindo o curso normal dos respectivos contratos até o cumprimento da finalidade da afetação, isto é, da garantia fiduciária.³⁸¹ Nessa regra genérica estão compreendidos os

381 Lei nº 11.101, de 2.8.2005: “Art. 119. ... IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e

créditos objeto de titularidade fiduciária, que, como se sabe, são afetados à destinação específica de satisfação dos direitos do credor-fiduciário.

4.6. Fundos de Investimento

4.6.1. Fundos para aplicação em títulos e valores mobiliários

A Lei nº 4.728, de 1965, abriu perspectivas para assimilação, no ordenamento nacional, de elementos essenciais do instituto anglo-americano do *trust*, pelo menos na modalidade específica de investimento.

Com efeito, os fundos de investimento são organizados sob forma de condomínio, definido por atos normativos do Conselho Monetário Nacional como “uma união de recursos destinados à aplicação em títulos e valores mobiliários.” Na forma da lei e de sua regulamentação, a sociedade administradora do Fundo é dotada dos mais amplos poderes de gestão, incluindo a alienação do seu patrimônio, a compra e venda de títulos e ações e, enfim, *todos os atos necessários à administração da carteira*.

O Fundo tem patrimônio autônomo, separado do patrimônio da sociedade administradora, permanecendo imune aos efeitos de eventual insolvência desta. Na sua configuração se pode reconhecer um condomínio de natureza especial, com patrimônio próprio, contabilidade específica, capacidade de representação em juízo e administração por uma espécie de *trustee*. A este propósito, observa o Professor Arnoldo Wald: “A situação do Fundo, no direito brasileiro do mercado de capitais, se explica pela influência que o direito norte-americano exerceu sobre a nossa legislação do mercado de capi-

obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanesce.”

tais, ensejando a consagração, tanto na lei das sociedades anônimas, como nas demais normas sobre mercado de capitais, de institutos novos, destacados do nosso direito civil e comercial tradicional, como são do Fundo e o agente fiduciário, e ensejando assim a entrada, na prática legislativa e regulamentar brasileira, de figuras análogas ao *trust* existente no direito anglo-saxão. Por outro lado e num movimento paralelo, a jurisprudência tem discutido e reconhecido a existência e a importância crescente dos chamados “negócios fiduciários”, entendendo que defluem das declarações ou manifestações dos indivíduos e do princípio contratual básico da autonomia da vontade, não necessitando de normas legais específicas para que sejam reconhecidas a sua validade e legitimidade.”³⁸²

4.6.2. Fundos de investimento imobiliário

Para viabilizar a utilização da propriedade imobiliária como objeto de investimento, com as características do mercado de valores mobiliários, a Lei nº 8.668, de 1993, disciplina a organização e o funcionamento dos fundos de investimento imobiliário, adotando princípios do negócio fiduciário e instituindo a propriedade fiduciária para fins de administração de investimentos.

Essa peculiar configuração da propriedade mostra-se indispensável como instrumento de mobilização de riqueza imobiliária.

Com efeito, na dinâmica dos fundos de investimento em geral, os bens que constituem seu patrimônio são adquiridos pelo fundo em seu nome, enquanto a propriedade dos condôminos (quotistas) recai sobre as quotas do fundo. No caso dos fundos de investimento imobiliário, para evitar questionamentos quanto à capacidade do condomínio para comerciali-

382 WALD, Arnaldo, “Da Natureza Jurídica do Fundo Imobiliário.” In: *Revista Forense*, v. 309, p. 11.

zar imóveis, à luz das restrições da lei civil, optou o legislador por atribuir à própria sociedade administradora a propriedade dos imóveis que integram a carteira do fundo, definindo, então, a propriedade fiduciária. A fórmula permite que os quotistas (fiduciários) outorguem a gestão dos seus investimentos imobiliários a uma instituição administradora (fiduciária). Para tanto, com os recursos provenientes da subscrição de quotas de participação, essa instituição adquire imóveis em regime fiduciário, forma um patrimônio separado e promove sua administração em proveito dos quotistas.

Nessa formulação, o mecanismo substitui a forma tradicional de negociação da propriedade imobiliária condominial e viabiliza a adequada movimentação dos investimentos, na medida em que legitima a administradora a praticar, em seu próprio nome, os atos de compra e de venda dos imóveis do Fundo. As quotas têm como lastro os imóveis da carteira do Fundo e são negociáveis no mercado de balcão e nas Bolsas de Valores, circunstância que poderá emprestar ao investimento um grau de liquidez não experimentado pelos meios tradicionais de negociação imobiliária, cujo formalismo se mostra descompassado em face da dinâmica da sociedade contemporânea. Os imóveis adquiridos no regime de propriedade fiduciária constituem necessariamente um patrimônio separado, que não se confunde com o da administradora, pelo que permanecem imunes aos efeitos de eventual insolvência desta. Para melhor fixar a afetação desse patrimônio à finalidade do Fundo, a lei manda que se mantenha esse patrimônio apartado do ativo da administradora. Igualmente não podem ser dados em garantia de débitos da instituição administradora. Para plena eficácia do sistema de separação de patrimônios, são utilizados mecanismos da publicidade de direito registrário, mandando a lei que seja enunciada no título aquisitivo a configuração especial de propriedade fiduciária e enumeradas as restrições a que está sujeita a instituição administradora. Tais destaque e restrições serão averbadas no registro de imóveis.

4.7. Titularidade fiduciária sobre direitos creditórios no mercado secundário de crédito imobiliário.

Introdução

No Brasil, particularmente no início da década de 60, iniciou-se um processo de modernização dos instrumentos de circulação de riquezas, com a estruturação do mercado de capitais e a modernização do mercado financeiro, em cujos contextos foram criados novos instrumentos que revolucionaram nossa realidade, abrindo novas perspectivas na economia e imprimindo um ritmo acelerado na industrialização no país.

A partir da década de 80, desenvolveram-se no mercado financeiro dois sistemas destinados a imprimir maior agilidade e mais segurança na circulação dos papéis, quais sejam, o SELIC — Sistema Especial de Liquidação e Custódia, para os títulos públicos, e a CETIP — Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos, para os títulos privados.

O mercado imobiliário, entretanto, não chegou a ser plenamente inserido nesse processo moderno de circulação de capitais.

É verdade que na década de 60 criaram-se instrumentos que poderiam dinamizar a captação de recursos para o mercado imobiliário, quais sejam a cédula hipotecária e a letra hipotecária. São títulos com garantia real imobiliária, com os quais se visava simplificar e dinamizar a circulação de créditos dessa natureza e, por via de consequência, com eles criar e desenvolver um mercado de hipotecas. Esse “mercado” seria a fonte de recursos que alimentaria continuamente um sistema de financiamento imobiliário, capaz de atender permanentemente a crescente demanda por imóveis, notadamente para moradia.

Mas, não obstante, a verdade é que jamais chegou a se desenvolver um *mercado de hipotecas*, não só pela perda de liquidez dos créditos, em razão da delonga dos procedimentos de cobrança judicial, mas, também, porque os contratos de financiamento que alimentariam o *mercado de hipotecas* fo-

ram contaminados logo no nascedouro por excessiva interferência do Estado, pela qual se reduziu significativamente o valor dos créditos correspondentes. Por força dessas e de outras distorções, o sistema de financiamento imobiliário, tal como concebido a partir da Lei nº 4.380, de 1964, exauriu-se quase completamente, não tendo mais condições de atender a demanda, até porque seus instrumentos de captação não mais atraem o mercado investidor.

De fato, o único instrumento de captação ainda em uso pelas instituições financeiras que operam no mercado imobiliário é o depósito de poupança, que, por ser exigível praticamente à vista, mostra-se absolutamente inadequado para constituir lastro destinado a financiamentos de longo prazo, como são os financiamentos imobiliários.

4.7.1. Certificados de Recebíveis Imobiliários — CRI

Nesse contexto, o Certificado de Recebíveis Imobiliários,³⁸³ título de crédito caracterizado pela Lei 9.514/97, se mostra apropriado ao financiamento de longo prazo, pois, de uma parte, compatibiliza-se com as características das aplica-

383 O vocábulo *recebível* é modismo que, a nosso ver, mostra-se absolutamente impróprio para designar o objeto do novo título de crédito, em primeiro lugar, porque já existe, há muito, no vernáculo e na terminologia jurídica, termo que exprime com precisão o objeto do aludido título, que é o termo *crédito*. Ora, *crédito* encerra com a mais absoluta precisão o sentido e o alcance do objeto ao qual se pretende emprestar o nome de *recebível*. Desse modo, nada justifica que se crie um neologismo para substituir o vocábulo *crédito*, até porque, enquanto *crédito* tem sentido estrito, delimitado e nítido, *recebível*, ao contrário, tem acepção elástica e difusa. A nosso ver, é absolutamente inaceitável nominar um título de crédito com neologismo, típico de *moda*, que, ao contrário do *nomen juris* já consagrado na terminologia jurídica e econômico-financeira, tem sentido elástico que poderia ensinar a designação das mais variadas situações, lançando incertezas sobre o investidor quanto à natureza do lastro do título. Efetivamente, o objeto do certificado é *crédito*, e não *recebível*, pois é *crédito* que o lastreia. Assim, o título deveria chamar-se *certificado de crédito imobiliário*.

ções do mercado imobiliário, vinculando-se aos montantes e aos prazos contratados com os tomadores dos financiamentos, e, de outra parte, reúne as condições de eficiência necessárias à concorrência nos mercados internacionais, ao conjugar a mobilidade própria do mercado de valores e a segurança necessária para garantir os direitos dos futuros investidores.

Na definição da Lei, o Certificado de Recebíveis Imobiliários — CRI — é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários, e constitui promessa de pagamento em dinheiro (art. 6º), sendo de emissão exclusiva das companhias securitizadoras.

O CRI poderá ter garantia fiduciária, pela qual os créditos que lastreiam os títulos passam a constituir um patrimônio de afetação, destinado a satisfazer os direitos dos respectivos subscritores, ou fluante, que assegurará aos subscritores privilégio geral sobre o ativo da companhia securitizadora, mas não impedirá a negociação dos bens que compõem esse ativo (§ 2º do art. 7º).

São esses Certificados de Recebíveis Imobiliários e, ainda, Debêntures e outros títulos que venham a emitir, que as companhias securitizadoras utilizarão para fazer circular o crédito imobiliário no mercado secundário.

4.7.2. Securitização — Mercado secundário de créditos imobiliários

Segundo modelo delineado a partir dos mais modernos mercados de financiamento imobiliário, inclusive latino-americanos, criados por inspiração do sistema norte-americano, o mercado secundário de hipotecas e de outros créditos imobiliários será operado por uma espécie de companhia especializada em comprar créditos, emitir títulos a eles correspondentes e colocá-los nos mercados financeiros e de valores mobiliários.

Trata-se do processo de *securitização* de créditos imobiliários, que designa as operações pelas quais se vinculam valo-

res mobiliários a determinados direitos creditórios; *securitizar* uma obrigação (um crédito) é torná-la representável por um título ou valor mobiliário livremente negociável em mercado; *securitização* é um processo de distribuição de riscos mediante agregação de instrumentos de dívida num conjunto e conseqüente emissão de um novo título lastreado por esse conjunto³⁸⁴.

A securitização vem se expandindo nos Estados Unidos desde a década de 1980, a partir do processo iniciado pela *Government National Mortgage Association* (GNMA ou *Ginnie Mae*) em 1970, com a emissão dos GNMA *pass-through*, títulos ou certificados vinculados a créditos hipotecários decorrentes de empréstimos destinados à aquisição de casas, originados pela *Federal Housing Administration* (FHA) e pela *Veterans Administration* (VA).

Nos Estados Unidos e nos países de tradição anglo-saxônica, a operação de securitização se faz mediante utilização do mecanismo do *trust*. Em cada operação de securitização, a empresa originadora³⁸⁵ do crédito ou securitizadora constitui uma sociedade específica para o fim da securitização, ceden-

384 *Securitization — process of distributing risk by aggregating debt instruments in a pool, then issuing new securities backed by the pool — Dictionary of Finance and Investment Terms, by John Downes and Jordan Elliot Goodman, Barron's Educational Series, Inc.* Do latim *securus*, o vocábulo foi absorvido pela língua inglesa, na qual, além da própria significação de *garantia*, incorporou a acepção mais ampla de *valor mobiliário*. Contemporaneamente, o termo *securitização* e o processo que designa firmaram-se nos mercados financeiro e de capitais a partir da prática do mercado financeiro e de investimento dos Estados Unidos e vêm sendo assimilados de maneira generalizada em todo o mundo, chamando-se *titulización* na versão espanhola, *bursatilización* no México, *titrisation* na França, *titularización* na Colômbia, *securitización* Chile e na Argentina etc. A Lei 9.514/97, seguindo essa tendência, adotou o neologismo *securitização*.

385 *Em regra*, entidades originadoras dos créditos são bancos de poupança e empréstimo, bancos comerciais, bancos hipotecários e companhias hipotecárias, todos eles operando com a concessão de empréstimos imobiliários e subseqüente cessão desses créditos para efeito de securitização.

do a essa sociedade a titularidade dos créditos; essa sociedade, então, emite títulos lastreados nos créditos que adquiriu. Os *trusts*, em geral, não são dotados de capital social, na medida em que este é substituído por títulos de dívida, com preferência sobre, ou subordinados, aos ativos securitizados, podendo o capital ser substituído por garantias, inclusive fiança. O administrador do *trust* é o *trustee*, que é o responsável pelo implemento das finalidades do respectivo *trust*.

Essencial no processo de securitização, com vistas à garantia do mercado investidor, é a segregação patrimonial, mediante criação de patrimônios de afetação constituídos com os créditos que lastreiem os títulos securitizados. Essa afetação é viabilizada nos Estados Unidos pelo mecanismo do *trust*, pelo qual se utiliza a transmissão da propriedade para o cumprimento de determinada finalidade, que, no caso, é ao mesmo tempo a de administração de investimento e de garantia. Esse patrimônio é inteiramente independente do patrimônio geral da companhia securitizadora, daí porque “eventual fracasso da instituição emitente não prejudique os direitos dos investidores nos respectivos títulos, assim como o eventual fracasso de uma emissão não afete o destino de outras emissões de um mesmo emitente, como também não venha o fracasso de determinada emissão afetar a solvência do próprio emitente.”³⁸⁶

A securitização propicia, fundamentalmente, do ponto de vista do tomador de recursos, o acesso a uma fonte alternativa de recursos, com redução de custos, seja por via direta, mediante diminuição da taxa de juros, ou por via indireta, com o encurtamento dos prazos de retorno de ativos imobilizados, por meio de títulos de dívida, e, do ponto de vista do investidor, pode viabilizar o objetivo de dispor de uma modalidade de investimento que pode oferecer vantagens, comparativa-

386 Iari Martins Ribeiro de Andrade, *Presidente do BIAPE — Banco Interamericano de Ahorro e Prestamo, em simpósio sobre securitização de créditos, Brasília, DF, 13.12.94.*

mente com outros papéis do mercado, em razão da maior rentabilidade e maior segurança, pois a redução de riscos, ou sua relativa eliminação, é um dos propósitos fundamentais do processo de securitização.

Do ponto de vista do mercado, em geral, o processo de securitização propicia a intensificação da concorrência, podendo com isso contribuir para a redução do custo dos imóveis, e, além disso, transfere o financiamento imobiliário do mercado financeiro para o mercado de capitais, com o que afasta os problemas decorrentes de eventuais descompassos entre ativos e passivos do setor.

Obviamente, é fundamental para a viabilidade de um mercado secundário de crédito imobiliário que seu instrumento, o crédito propriamente, goze de plena credibilidade, em razão de sua liquidez e garantia, e que seja esse instrumento conhecido e compreendido com facilidade pelo público investidor. Para tanto, aponta o economista Iari Martins Ribeiro de Andrade alguns aspectos essenciais, como sejam: (1) padronização — todo o processo de geração de um crédito deve observar critérios de padronização, desde os critérios preliminares de apreciação do cadastro do candidato ao empréstimo, passando pelos limites operacionais, até se alcançar a formalização das operações, tudo isso com vistas à garantia de credibilidade do produto e agilidade das operações; (2) simplicidade e rapidez de recomposição de ativos — é essencial que os créditos que constituam o lastro dos títulos securitizados sejam protegidos por mecanismos que assegurem sua liquidez e que, na hipótese de mora dos devedores, permitam rápida recomposição do fluxo financeiro; e (3) classificação de riscos — é também indispensável o mecanismo de classificação de riscos para as emissões, também com vistas à confiabilidade do mercado.³⁸⁷

387 Simpósio citado.

4.7.3. A securitização na legislação brasileira

Na concepção da Lei nº 9.514, de 1997, “securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante termo de securitização de créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos” (seguem-se no art. 8º os elementos identificadores da operação e dos créditos vinculados aos títulos).

A securitização incumbirá a uma companhia securitizadora, que segundo o art. 3º da lei são aquelas que “terão por finalidade a aquisição e securitização de créditos imobiliários e a emissão e colocação, no mercado financeiro, de Certificado de Recebíveis Imobiliários, podendo emitir outros títulos de créditos, realizar outros negócios e prestar serviços compatíveis com as suas atividades.”

Compete à companhia securitizadora, ao emitir cada série de títulos, lavrar o *Termo de Securitização de Créditos Imobiliários*, que vinculará cada emissão de títulos, do qual constarão, obrigatoriamente, os elementos de identificação dos créditos imobiliários afetados aos títulos — CRIs — objeto da emissão, a saber:

a) a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individuação do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, e, ainda, o número do registro do ato pelo qual o crédito foi cedido à securitizadora;

b) a identificação dos CRIs emitidos;

c) a constituição de outras garantias de resgate dos títulos emitidos.

4.7.4. Registro dos títulos em sistema centralizado de custódia

Como mecanismo de proteção dos investidores, todas as operações das companhias securitizadoras, relativas à aquisição de créditos e correspondente emissão de títulos, serão registradas em sistema centralizado de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, devendo constar desse registro a correlação entre os títulos emitidos e os créditos que os lastreiam.

4.7.5. Titularidade fiduciária dos direitos creditórios que lastreiam os títulos emitidos pela securitizadora

A lei contempla a utilização do mecanismo da segregação patrimonial para maior garantia do investidor que venha a adquirir os títulos originados no processo de securitização.

Para tanto, prevê a possibilidade de se estabelecer vinculação entre os títulos emitidos pela securitizadora e os créditos que constituem seu lastro. Essa vinculação se dá mediante ato da securitizadora pelo qual esta atribua titularidade fiduciária a esses créditos, segregando-os num patrimônio de afetação, do qual são beneficiários os subscritores dos títulos objeto da securitização.

Para instituir a titularidade fiduciária, neste caso, ao emitir uma série de títulos, a companhia securitizadora, por declaração unilateral no contexto do Termo de Securitização, atribuirá caráter fiduciário à titularidade sobre os créditos que estiverem sendo vinculados àqueles títulos. Como decorrência, a companhia securitizadora separará os créditos correspondentes, os quais passarão a constituir um núcleo patrimonial autônomo no seu patrimônio, com a destinação específica e exclusiva de satisfazer os direitos dos subscritores dos títulos aos quais aqueles créditos estiverem vinculados.

Separado do patrimônio da companhia securitizadora (fiduciante), esse patrimônio autônomo mantém os direitos creditórios que constituem o lastro dos títulos afastados dos ris-

cos patrimoniais da companhia, daí porque não podem ser objeto de constrição por efeito de ações ou execuções movidas por credores da companhia securitizadora. Por essa forma, os riscos que se transmitem ao mercado são somente os riscos da carteira dita *securitizada*, e não os riscos da sociedade securitizadora.

O patrimônio de afetação assim constituído é formado, de um lado, pelos direitos creditórios que lastreiam os títulos emitidos e, de outro lado, pelas obrigações a ele relacionadas, quais sejam as obrigações de pagamento do principal dos títulos e seus respectivos rendimentos, além das despesas próprias desse patrimônio especial, entre elas as despesas de administração e as obrigações tributárias a ele eventualmente imputadas, sendo certo que os rendimentos dos títulos são tributados nas pessoas dos respectivos subscritores. Importa ter sempre presente que, por definição legal, os direitos creditórios e os direitos reais a eles vinculados são destinados a propiciar os fundos necessários ao resgate dos títulos emitidos pela companhia securitizadora e demais obrigações do patrimônio separado.

Embora os créditos e os direitos reais a eles vinculados continuem figurando no patrimônio da companhia securitizadora, a titularidade da companhia sobre eles, por efeito do regime fiduciário, torna-se nominal, sendo atribuídos aos subscritores dos títulos os direitos sobre o conteúdo econômico daqueles créditos e direitos reais, de modo que as receitas deles provenientes sejam destinadas ao resgate dos títulos. Disso decorre que a securitizadora não mais poderá apropriar-se do produto da cobrança desses créditos, na medida em que deles são beneficiários os subscritores dos títulos. Uma vez resgatados os títulos e pagas as obrigações correspondentes ao patrimônio de afetação respectivo, o que sobejar será reincorporado ao patrimônio geral da companhia securitizadora sem o gravame decorrente do regime fiduciário.

Institui-se o regime fiduciário mediante declaração unilateral da companhia securitizadora no contexto do *termo de*

securitização, que deverá ser averbado no Registro de Imóveis, nas matrículas dos imóveis vinculados aos créditos.

Instituído o regime fiduciário, incumbirá à companhia securitizadora administrar cada patrimônio separado, cabendo-lhe promover, entre outros atos de administração, a cobrança dos créditos e o pagamento aos subscritores, manter registros contábeis independentes em relação a cada um deles e divulgar as demonstrações financeiras correspondentes, ficando claro que o patrimônio dela, securitizadora, responde pelos prejuízos que causar.

O regime fiduciário submete-se aos princípios gerais pertinentes à propriedade fiduciária e ao patrimônio de afetação.³⁸⁹

4.7.6. Agente fiduciário

A despeito de a lei atribuir, em condições normais, a administração do patrimônio separado à própria securitizadora, ressalva-se que, em hipóteses como má gestão e outras que possam prejudicar os subscritores dos títulos, ela poderá ser afastada da administração, passando o patrimônio de afetação a ser administrado por um *agente fiduciário*, ao qual a lei confere legitimidade para praticar todos os atos de administração necessários ao resgate dos títulos, podendo o agente fiduciário promover a cobrança e o recebimento dos créditos afetados e, até mesmo, liquidar o patrimônio de afetação, destinando o produto da liquidação ao pagamento das suas próprias obrigações.

4.7.7. Averbação da titularidade fiduciária no Registro de Imóveis

Essa modalidade de titularidade fiduciária, referindo-se a direito creditório imobiliário, deve ser averbada no Registro

389 V. capítulos sobre propriedade fiduciária e patrimônio de afetação.

de Imóveis, nas matrículas dos imóveis a que corresponderem, ressalvado que, nas hipóteses em que os Certificados de Recebíveis Imobiliários tiverem sido emitidos com lastro em créditos representados por Cédula de Crédito Imobiliário, o regime fiduciário será registrado na instituição financeira à qual tiver sido atribuído o encargo de custodiante das cédulas, dispensada a averbação no Registro de Imóveis (Lei nº 10.931/2004, art. 23, parágrafo único).

APÊNDICE

Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965

“Seção XIV Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais

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

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

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em

contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

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

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

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

(Redação dada pelo art. 55 da Lei n 10.931, de 2 de agosto de 2004).

Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969

Altera a redação do art. 66, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965¹, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências.

Art 1º (revogado pela Lei n 10.931, de 2 de agosto de 1004)

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

§ 1º O crédito a que se refere o presente artigo abrange o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convencionados pelas partes.

1 Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. O art. 66 dispõe sobre alienação fiduciária.

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

§ 3º A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas tôdas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

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

§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. *(Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)*

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. *(Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)*

§ 3º O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar. *(Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)*

§ 4º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição. *(Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)*

§ 5º Da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo. (*Redação dada pela Lei 10.931, de 2004*)

§ 6º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado. (*Redação dada pela Lei 10.931, de 2004*)

§ 7º A multa mencionada no § 6º não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos. (*Incluído pela Lei 10.931, de 2004*)

§ 8º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior. (*Incluído pela Lei 10.931, de 2004*)

Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil. (*Redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974*)

Art 5º Se o credor preferir recorrer à ação executiva ou, se fôr o caso ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução.

Parágrafo único. Não se aplica à alienação fiduciária o disposto nos incisos VI e VIII do Art. 649 do *Código de Processo Civil*.

(*Redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974*)

Art 6º O avalista, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor se sub-rogará, de pleno direito no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.

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

Parágrafo único. Efetivada a restituição o proprietário fiduciário agirá na forma prevista neste Decreto-lei.

Art 8º O Conselho Nacional de Trânsito, no prazo máximo de 60 dias, a contar da vigência do presente Decreto lei, expedirá normas regulamentares relativas à alienação fiduciária de veículos automotores.

Art. 8º-A. O procedimento judicial disposto neste Decreto-Lei aplica-se exclusivamente às hipóteses da Seção XIV da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, ou quando o ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário. *(Incluído pela Lei 10.931, de 2004)*

Art 9º O presente Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, aplicando-se desde logo, aos processos em curso, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 1 de outubro de 1969; 148º Independência e 81º da República.

AUGUSTO HAMANN RADEMAKER GRÜNEWALD

AURÉLIO DE LYRA TAVARES

MÁRCIO DE SOUZA E MELLO

Luís Antônio da Gama e Silva

Antônio Delfim Netto

**Lei nº 6.729,
de 28 de novembro de 1979**

Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Art. 29. As disposições do art. 66 da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 911, de outubro de 1969, não se aplicam às operações de compra de mercadorias pelo concessionário, para fins de comercialização.

Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986

CAPÍTULO V Da Hipoteca e Alienação Fiduciária de Aeronave

SEÇÃO III Da Alienação Fiduciária

Art. 148. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da aeronave ou de seus equipamentos, independentemente da respectiva tradição, tornando-se o devedor o possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Art. 149. A alienação fiduciária em garantia de aeronave ou de seus motores deve ser feita por instrumento público ou particular, que conterá:

I — o valor da dívida, a taxa de juros, as comissões, cuja cobrança seja permitida, a cláusula penal e a estipulação da correção monetária, se houver, com a indicação exata dos índices aplicáveis;

II — a data do vencimento e o local do pagamento;

III — a descrição da aeronave ou de seus motores, com as indicações constantes do registro e dos respectivos certificados de matrícula e de aeronavegabilidade.

§ 1 No caso de alienação fiduciária de aeronave em construção ou de seus componentes, do instrumento constará a descrição conforme o respectivo contrato e a etapa em que se encontra.

§ 2 No caso do parágrafo anterior, o domínio fiduciário transferir-se-á, no ato do registro, sobre as partes componentes, e estender-se-á à aeronave construída, independente de formalidade posterior.

Art. 150. A alienação fiduciária só tem validade e eficácia após a inscrição no Registro Aeronáutico Brasileiro.

Art. 151. No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o credor fiduciário poderá alienar o objeto da garantia a terceiros e aplicar o respectivo preço no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo, se houver.

§ 1 Se o preço não bastar para pagar o crédito e despesas, o devedor continuará obrigado pelo pagamento do saldo.

§ 2 Na falência, liquidação ou insolvência do devedor, fica assegurado ao credor o direito de pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente.

§ 3 O proprietário fiduciário ou credor poderá proceder à busca e apreensão judicial do bem alienado fiduciariamente, diante da mora ou inadimplemento do credor.

Art. 152. No caso de falência, insolvência, liquidação judicial ou extrajudicial do adquirente ou importador, sem o pagamento do débito para com o vendedor, e de ter o Tesouro Nacional ou seus agentes financeiros de pagá-lo, a União terá o direito de receber a quantia despendida com as respectivas despesas e consectários legais, deduzido o valor das aeronaves, peças e equipamentos, objeto da garantia, procedendo-se de conformidade com o disposto em relação à hipoteca legal (artigos 144 e 145).

Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991

Art. 32.

Parágrafo único. Nos contratos firmados a partir de 1º de outubro de 2001, o direito de preferência de que trata este artigo não alcançará também os casos de constituição da propriedade fiduciária e de perda da propriedade ou venda por quaisquer formas de realização de garantia, inclusive mediante leilão extrajudicial, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica." (*Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004*).

Lei nº 8.668, 25 de junho de 1993

Dispõe sobre a constituição e o regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Ficam instituídos Fundos de Investimento Imobiliário, sem personalidade jurídica, caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários.

Art. 2º O Fundo será constituído sob a forma de condomínio fechado, proibido o resgate de quotas, com prazo de duração determinado ou indeterminado.

Art. 3º As quotas dos Fundos de Investimento Imobiliário constituem valores mobiliários sujeitos ao regime da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, admitida a emissão sob a forma escritural.

Art. 4º Compete à Comissão de Valores Mobiliários autorizar, disciplinar e fiscalizar a constituição, o funcionamento e a admissão dos Fundos de Investimento Imobiliário, observa-

das as disposições desta Lei e as normas aplicáveis aos Fundos de Investimento.

Art. 5º Os Fundos de Investimento Imobiliário serão geridos por instituição administradora autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários, que deverá ser, exclusivamente, banco múltiplo com carteira de investimento ou com carteira de crédito imobiliário, banco de investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora ou sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários.

Art. 6º. O patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora, em caráter fiduciário.

Art. 7º. Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:

I — não integrem o ativo da administradora;

II — não respondam diretamente ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora;

III — não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;

IV — não possam ser dados em garantia de débito de operação da administradora;

V — não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;

VI — não possam ser constituídos quaisquer ônus sobre os imóveis.

§ 1º. No título aquisitivo, a instituição administradora fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.

§ 2º. No registro de imóveis serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior.

§3º. A instituição administradora fica dispensada da apresentação de certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social, e da Certidão Negativa de Tributos e Contribuições, administrada pela Secretaria de Receita Federal, quando alienar imóveis integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.

Art. 8º O fiduciário administrará os bens adquiridos em fidúcia e deles disporá na forma e para os fins estabelecidos no regulamento do Fundo ou em assembléia de quotistas, respondendo em caso de má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do regulamento do Fundo ou de determinação da assembléia de quotista.

Art. 9º A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do Fundo será efetivada diretamente pela instituição administradora, constituindo o instrumento de alienação documento hábil para cancelamento, perante o Cartório de Registro de Imóveis, das averbações pertinentes às restrições e destaque de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 7º.

Parágrafo único. Os recursos resultantes da alienação constituirão patrimônio do Fundo.

Art. 10. Cada Fundo de Investimento Imobiliário será estruturado através de regulamento elaborado pela instituição administradora, contendo:

- I – qualificação da instituição administradora;
- II – política de investimento que estabeleça, com precisão e clareza, as definições quanto aos ativos que comporão o patrimônio do Fundo para atender seus objetivos;
- III – taxa de ingresso ou critério para sua fixação;
- IV – remuneração da administradora;
- V – divulgação de informações aos quotistas, nos prazos fixados pela Comissão de Valores Mobiliários;
- VI – despesas e encargos do Fundo;
- VII – competência e quórum de deliberação da Assembléia Geral de Quotistas;
- VIII – critérios para subscrição de quotas por um mesmo investidor;

IX – prazo de duração do Fundo e as condições de resgate para efeito de liquidação do mesmo;

X – outras especificações, visando à fiscalização do mercado e à clareza de informações, na forma de regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários.

Art. 11. Nas hipóteses de renúncia da instituição administradora, seu descredenciamento pela Comissão de Valores Mobiliários, destituição pela assembléia de quotistas ou sua sujeição ao regime de liquidação judicial ou extrajudicial, a ata da assembléia de quotistas que eleger nova instituição administradora para substituí-la, devidamente aprovada e registrada na Comissão de Valores Mobiliários, constitui documento hábil para averbação, no Registro de Imóveis, da sucessão da propriedade fiduciária dos bens móveis integrantes do patrimônio do Fundo.

§ 1º No caso de liquidação extrajudicial da instituição administradora, o liquidante designado pelo Banco Central do Brasil convocará assembléia de quotistas, no prazo de cinco dias úteis, contado da publicação no Diário Oficial do ato que decretar a liquidação, para deliberar sobre eleição de nova administradora e a liquidação ou não do Fundo.

§ 2º Caberá ao liquidante praticar todos os atos necessários à gestão regular do Fundo até ser procedida a averbação referida no *caput* deste artigo.

§ 3º Se a assembléia de quotistas não eleger nova instituição administradora no prazo de trinta dias úteis contados da publicação no Diário Oficial do ato que decretar a liquidação extrajudicial, o Banco Central do Brasil nomeará uma instituição para processar a liquidação do Fundo.

§ 4º A sucessão da propriedade fiduciária de bem imóvel integrante de patrimônio de Fundo de Investimento Imobiliário não constitui transferência de propriedade.

Art. 12. É vedado à instituição administradora, no exercício específico de suas funções e utilizando-se dos recursos do Fundo de Investimento Imobiliário:

I – conceder empréstimos, adiantar rendas futuras aos quotistas ou abrir créditos sob qualquer modalidade;

II – prestar fiança, aval, aceite ou coobrigar-se sob qualquer forma;

III – aplicar no exterior recursos captados no País;

IV – aplicar recursos na aquisição de quotas do próprio Fundo;

V – vender a prestação as quotas do Fundo, admitida a divisão da emissão em séries;

VI – prometer rendimento predeterminado aos quotistas;

VII – realizar operações do Fundo quando caracterizada situação de conflito de interesse entre o Fundo e a instituição administradora, ou entre o Fundo e o empreendedor.

Art. 13. O titular das quotas do Fundo de Investimento Imobiliário:

I – não poderá exercer qualquer direito real sobre os imóveis e empreendimentos integrantes do patrimônio do Fundo;

II – não responde pessoalmente por qualquer obrigação legal ou contratual, relativamente aos imóveis e empreendimentos integrantes do Fundo ou da administradora, salvo quanto à obrigação de pagamento do valor integral das quotas subscritas.

Parágrafo único. O quotista que não integralizar as quotas subscritas, nas condições estabelecidas no regulamento do Fundo ou no boletim de subscrição, ficará de pleno direito constituído em mora, podendo a administradora, à sua escolha, promover contra o quotista processo de exceção para cobrar as importâncias devidas servindo o boletim de subscrição como título extrajudicial, nos termos do Código de Processo Civil, ou vender as quotas a terceiros, mesmo após iniciada a cobrança judicial.

Art. 14. À instituição administradora do Fundo de Investimento Imobiliário compete:

I – representá-lo ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

II – responder pessoalmente pela evicção de direito, no caso de alienação de imóveis pelo Fundo.

Art. 15. As demonstrações financeiras dos Fundos de Investimento Imobiliário serão publicadas pelas administradoras na forma que vier a ser regulamentada pela Comissão de Valores Mobiliários.

Art. 16. Os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário ficam isentos do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, assim como do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.

Art. 17. Os rendimentos e ganhos de capital distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliário, sob qualquer forma e qualquer que seja o beneficiário, sujeitam-se à incidência de imposto de renda na fonte, à alíquota de 25%.

Parágrafo único. Os rendimentos e ganhos de capital distribuídos a investidores residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda, nos termos da legislação aplicação a essa classe de contribuintes.

Art. 18. O rendimento auferido por pessoas físicas ou pessoas jurídicas não tributadas com base no lucro real, inclusive isentas, decorrentes da alienação de quotas ou da liquidação de Fundos de Investimento Imobiliário, sujeita-se à incidência do imposto de renda, à mesma alíquota prevista para a tributação de rendimentos obtidos na alienação ou resgate de quotas Fundos Mútuos de Ações.

§ 1º A base de cálculo do imposto é constituída pela diferença positiva entre o valor de cessão das quotas ou de liquidação de investimento e o custo médio de aquisição da quota, atualizado de acordo com a variação da UFIR diária da data de aquisição das quotas até a conversão das quotas em cruzeiros.

§ 2º O rendimento auferido por investidores residentes ou domiciliados no exterior sujeita-se à incidência de imposto sobre a renda, nos termos da legislação aplicável a essa classe de contribuintes.

§ 3º É vedada a compensação do prejuízo havido em uma operação de cessão de quotas ou de liquidação do investimento com lucro obtido em outra, da mesma ou de diferente espécie.

Art. 19. O imposto de que tratam os arts. 17 e 18, *caput*, é devido exclusivamente na fonte.

Art. 20. Aplica-se à instituição administradora, aos seus administradores e gerentes diretamente responsáveis pela administração do Fundo, bem como aos demais infratores das normas desta Lei, o disposto no art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, independentemente de outras sanções legais eventualmente cabíveis.

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 22. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 25 de junho de 1993. 172º da Independência e 105º da República

ITAMAR FRANCO

Fernando Henrique Cardoso.

Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997

Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

Do Sistema de Financiamento Imobiliário

Seção I

Da finalidade

Art. 1º O Sistema de Financiamento Imobiliário — SFI tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos.

Seção II

Das entidades

Art. 2º Poderão operar no SFI as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com

carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional — CMN, outras entidades.

Art. 3º As companhias securitizadoras de créditos imobiliários, instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações, terão por finalidade a aquisição e securitização desses créditos e a emissão e colocação, no mercado financeiro, de Certificados de Recebíveis Imobiliários, podendo emitir outros títulos de crédito, realizar negócios e prestar serviços compatíveis com as suas atividades.

Parágrafo único. O Conselho Monetário Nacional — CMN poderá fixar condições para o funcionamento das companhias de que trata este artigo.

Seção III

Do financiamento imobiliário

Art. 4º As operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no SFI, segundo condições de mercado e observadas as prescrições legais.

Parágrafo único. Nas operações de que trata este artigo, poderão ser empregados recursos provenientes da captação nos mercados financeiro e de valores mobiliários, de acordo com a legislação pertinente.

Art. 5º As operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI, serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais:

I — reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste;

II — remuneração do capital emprestado às taxas conveniadas no contrato;

III — capitalização dos juros;

IV — contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente.

§ 1º As partes poderão estabelecer os critérios do reajuste de que trata o inciso I, observada a legislação vigente.

§ 2º As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI. (*Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004*)

§ 3º Na alienação de unidades em edificação sob o regime da *Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964*, a critério do adquirente e mediante informação obrigatória do incorporador, poderá ser contratado seguro que garanta o ressarcimento ao adquirente das quantias por este pagas, na hipótese de inadimplemento do incorporador ou construtor quanto à entrega da obra.

Seção IV Do Certificado de Recebíveis Imobiliários

Art. 6º O Certificado de Recebíveis Imobiliários — CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro.

Parágrafo único. O CRI é de emissão exclusiva das companhias securitizadoras.

Art. 7º O CRI terá as seguintes características:

- I — nome da companhia emitente;
- II — número de ordem, local e data de emissão;
- III — denominação “Certificado de Recebíveis Imobiliários”;
- IV — forma escritural;
- V — nome do titular;
- VI — valor nominal;
- VII — data de pagamento ou, se emitido para pagamento parcelado, discriminação dos valores e das datas de pagamento das diversas parcelas;

VIII — taxa de juros, fixa ou flutuante, e datas de sua exigibilidade, admitida a capitalização;

IX — cláusula de reajuste, observada a legislação pertinente;

X — lugar de pagamento;

XI — identificação do Termo de Securitização de Créditos que lhe tenha dado origem.

§ 1º O registro e a negociação do CRI far-se-ão por meio de sistemas centralizados de custódia e liquidação financeira de títulos privados.

§ 2º O CRI poderá ter, conforme dispuser o Termo de Securitização de Créditos, garantia flutuante, que lhe assegurará privilégio geral sobre o ativo da companhia securitizadora, mas não impedirá a negociação dos bens que compõem esse ativo.

Seção V

Da securitização de créditos imobiliários

Art. 8º A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos:

I — a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individuação do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido; *(Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)*

II — a identificação dos títulos emitidos;

III — a constituição de outras garantias de resgate dos títulos da série emitida, se for o caso.

Parágrafo único. Será permitida a securitização de créditos oriundos da alienação de unidades em edificação sob regime de incorporação nos moldes da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

Seção VI

Do regime fiduciário

Art. 9º A companhia securitizadora poderá instituir regime fiduciário sobre créditos imobiliários, a fim de lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, sendo agente fiduciário uma instituição financeira ou companhia autorizada para esse fim pelo BACEN e beneficiários os adquirentes dos títulos lastreados nos recebíveis objeto desse regime.

Art. 10. O regime fiduciário será instituído mediante declaração unilateral da companhia securitizadora no contexto do Termo de Securitização de Créditos, que, além de conter os elementos de que trata o art. 8º, submeter-se-á às seguintes condições:

I — a constituição do regime fiduciário sobre os créditos que lastreiem a emissão;

II — a constituição de patrimônio separado, integrado pela totalidade dos créditos submetidos ao regime fiduciário que lastreiem a emissão;

III — a afetação dos créditos como lastro da emissão da respectiva série de títulos;

IV — a nomeação do agente fiduciário, com a definição de seus deveres, responsabilidades e remuneração, bem como as hipóteses, condições e forma de sua destituição ou substituição e as demais condições de sua atuação;

V — a forma de liquidação do patrimônio separado.

Parágrafo único. O Termo de Securitização de Créditos, em que seja instituído o regime fiduciário, será averbado nos Registros de Imóveis em que estejam matriculados os respectivos imóveis.

Art. 11. Os créditos objeto do regime fiduciário:

I — constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora;

II — manter-se-ão apartados do patrimônio da companhia securitizadora até que se complete o resgate de todos os títulos da série a que estejam afetados;

III — destinam-se exclusivamente à liquidação dos títulos a que estiverem afetados, bem como ao pagamento dos respectivos custos de administração e de obrigações fiscais;

IV — estão isentos de qualquer ação ou execução pelos credores da companhia securitizadora;

V — não são passíveis de constituição de garantias ou de excussão por quaisquer dos credores da companhia securitizadora, por mais privilegiados que sejam;

VI — só responderão pelas obrigações inerentes aos títulos a ele afetados.

§ 1º No Termo de Securitização de Créditos, poderá ser conferido aos beneficiários e demais credores do patrimônio separado, se este se tornar insuficiente, o direito de haverem seus créditos contra o patrimônio da companhia securitizadora.

§ 2º Uma vez assegurado o direito de que trata o parágrafo anterior, a companhia securitizadora, sempre que se verificar insuficiência do patrimônio separado, promoverá a respectiva recomposição, mediante aditivo ao Termo de Securitização de Créditos, nele incluindo outros créditos imobiliários, com observância dos requisitos previstos nesta seção.

§ 3º A realização dos direitos dos beneficiários limitar-se-á aos créditos imobiliários integrantes do patrimônio separado, salvo se tiverem sido constituídas garantias adicionais por terceiros.

Art. 12. Instituído o regime fiduciário, incumbirá à companhia securitizadora administrar cada patrimônio separado, manter registros contábeis independentes em relação a cada um deles e elaborar e publicar as respectivas demonstrações financeiras.

Parágrafo único. A totalidade do patrimônio da companhia securitizadora responderá pelos prejuízos que esta causar por descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária ou, ainda, por desvio da finalidade do patrimônio separado.

Art. 13. Ao agente fiduciário são conferidos poderes gerais de representação da comunhão dos beneficiários, inclusive os de receber e dar quitação, incumbindo-lhe:

I — zelar pela proteção dos direitos e interesses dos beneficiários, acompanhando a atuação da companhia securitizadora na administração do patrimônio separado;

II — adotar as medidas judiciais ou extrajudiciais necessárias à defesa dos interesses dos beneficiários, bem como à realização dos créditos afetados ao patrimônio separado, caso a companhia securitizadora não o faça;

III — exercer, na hipótese de insolvência da companhia securitizadora, a administração do patrimônio separado;

IV — promover, na forma em que dispuser o Termo de Securitização de Créditos, a liquidação do patrimônio separado;

V- executar os demais encargos que lhe forem atribuídos no Termo de Securitização de Créditos.

§ 1º O agente fiduciário responderá pelos prejuízos que causar por descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária.

§ 2º Aplicam-se ao agente fiduciário os mesmos requisitos e incompatibilidades impostos pelo art. 66 da *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*.

Art. 14. A insuficiência dos bens do patrimônio separado não dará causa à declaração de sua quebra, cabendo, nessa hipótese, ao agente fiduciário convocar assembléia geral dos beneficiários para deliberar sobre as normas de administração ou liquidação do patrimônio separado.

§ 1º Na hipótese de que trata este artigo, a assembléia geral estará legitimada a adotar qualquer medida pertinente à administração ou liquidação do patrimônio separado, inclusive a transferência dos bens e direitos dele integrantes para outra entidade que opere no SFI, a forma de liquidação do patrimônio e a nomeação do liquidante.

§ 2º A assembléia geral, convocada mediante edital publicado por três vezes, com antecedência de vinte dias, em jornal

de grande circulação na praça em que tiver sido feita a emissão dos títulos, instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de beneficiários que representem, pelo menos, dois terços do valor global dos títulos e, em segunda convocação, com qualquer número, sendo válidas as deliberações tomadas pela maioria absoluta desse capital.

Art. 15. No caso de insolvência da companhia securitizadora, o agente fiduciário assumirá imediatamente a custódia e administração dos créditos imobiliários integrantes do patrimônio separado e convocará a assembléia geral dos beneficiários para deliberar sobre a forma de administração, observados os requisitos estabelecidos no § 2º do art. 14.

Parágrafo único. A insolvência da companhia securitizadora não afetará os patrimônios separados que tenha constituído.

Art. 16. Extinguir-se-á o regime fiduciário de que trata esta seção pelo implemento das condições a que esteja submetido, na conformidade do Termo de Securitização de Créditos que o tenha instituído.

§ 1º Uma vez satisfeitos os créditos dos beneficiários e extinto o regime fiduciário, o Agente Fiduciário fornecerá, no prazo de três dias úteis, à companhia securitizadora, termo de quitação, que servirá para baixa, nos competentes Registros de Imóveis, da averbação que tenha instituído o regime fiduciário.

§ 2º A baixa de que trata o parágrafo anterior importará na reintegração ao patrimônio comum da companhia securitizadora dos recebíveis imobiliários que sobejarem.

§ 3º Os emolumentos devidos aos Cartórios de Registros de Imóveis para cancelamento do regime fiduciário e das garantias reais existentes serão cobrados como ato único. (*Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004*)

Seção VII

Das garantias

Art. 17. As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por:

I — hipoteca;

II — cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis;

III — caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis;

IV — alienação fiduciária de coisa imóvel.

§ 1º As garantias a que se referem os incisos II, III e IV deste artigo constituem direito real sobre os respectivos objetos.

§ 2º Aplicam-se à caução dos direitos creditórios a que se refere o inciso III deste artigo as disposições dos arts. 789 a 795 do Código Civil.

§ 3º As operações do SFI que envolvam locação poderão ser garantidas suplementarmente por anticrese.

Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes:

I — o total da dívida ou sua estimativa;

II — o local, a data e a forma de pagamento;

III — a taxa de juros;

IV — a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de:

I — conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente;

II — promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária;

III — usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel;

IV — receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.

§ 1º As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia.

§ 2º Se as importâncias recebidas, a que se refere o parágrafo anterior, não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convenionadas no contrato.

Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

Art. 21. São suscetíveis de caução, desde que transmissíveis, os direitos aquisitivos sobre imóvel, ainda que em construção.

§ 1º O instrumento da caução, a que se refere este artigo, indicará o valor do débito e dos encargos e identificará o imóvel cujos direitos aquisitivos são caucionados.

§ 2º Referindo-se a caução a direitos aquisitivos de promessa de compra e venda cujo preço ainda não tenha sido integralizado, poderá o credor caucionário, sobrevivendo a mora do promissário comprador, promover a execução do seu crédito ou efetivar, sob protesto, o pagamento do saldo da promessa.

§ 3º Se, nos termos do disposto no parágrafo anterior, o credor efetuar o pagamento, o valor pago, com todos os seus acessórios e eventuais penalidades, será adicionado à dívida garantida pela caução, ressalvado ao credor o direito de executar desde logo o devedor, inclusive pela parcela da dívida assim acrescida.

CAPÍTULO II

Da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel

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

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário. *(Redação dada pela Lei nº 11.076, de 2004)*

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

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

- I — o valor do principal da dívida;
- II — o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
- III — a taxa de juros e os encargos incidentes;
- IV — a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
- V — a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
- VI — a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
- VII — a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

§ 1º No prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.

§ 2º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§ 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em outro local, incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, caben-

do, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

§ 7º 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. *(Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)*

§ 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27. *(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)*

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.

§ 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I — dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II — despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

§ 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.

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. *(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)*

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. *(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)*

Art. 28. A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia.

Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1 e 2 do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome.

Art. 31. O fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária.

Art. 32. Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente.

Art. 33. Aplicam-se à propriedade fiduciária, no que couber, as disposições dos arts. 647 e 648 do Código Civil.

CAPÍTULO III

Disposições Gerais e Finais

Art. 34. Os contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral poderão estipular que litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem, nos termos do disposto na *Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996*.

Art. 35. Nas cessões de crédito a que aludem os arts. 3º, 18 e 28, é dispensada a notificação do devedor.

Art. 36. Nos contratos de venda de imóveis a prazo, inclusive alienação fiduciária, de arrendamento mercantil de imóveis, de financiamento imobiliário em geral e nos títulos de que tratam os arts. 6º, 7º e 8º, admitir-se-á, respeitada a legis-

lação pertinente, a estipulação de cláusula de reajuste e das condições e critérios de sua aplicação.

Art. 37. Às operações de arrendamento mercantil de imóveis não se aplica a legislação pertinente à locação de imóveis residenciais, não residenciais ou comerciais.

Art. 37-A. O fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inciso VI do art. 24, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel. *(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)*

Art. 37-B. Será considerada ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano sem concordância por escrito do fiduciário. *(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)*

Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública. *(Redação dada pela Lei nº 11.076, de 2004)*

Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei:

I — não se aplicam as disposições da *Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964*, e as demais disposições legais referentes ao Sistema Financeiro da Habitação — SFH;

II — aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.

Art. 40. Os incisos I e II do art. 167 da *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*, passam a vigorar acrescidos, respectivamente, dos seguintes itens:

“Art. 167.

I —

.....

35) da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

II —

17)do Termo de Securitização de créditos imobiliários, quando submetidos a regime fiduciário.”

Art. 41. O Ministro de Estado da Fazenda poderá expedir as instruções que se fizerem necessárias à execução do disposto nesta Lei.

Art. 42. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de novembro de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Lei nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001

Cria o Programa de Arrendamento Residencial, institui o arrendamento residencial com opção de compra e dá outras providências.

Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 2.135-24, de 2001, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Antonio Carlos Magalhães, Presidente, para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, promulgo a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Fica instituído o Programa de Arrendamento Residencial para atendimento exclusivo da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra.

§ 1º A gestão do Programa cabe ao Ministério das Cidades e sua operacionalização à Caixa Econômica Federal — CEF. *(Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)*

§ 2º Os Ministros de Estado das Cidades e da Fazenda fixarão, em ato conjunto, a remuneração da CEF pelas ativi-

dades exercidas no âmbito do Programa. *(Incluído pela Lei nº 10.859, de 2004)*

Art.2º Para a operacionalização do Programa instituído nesta Lei, fica a CEF autorizada a criar um fundo financeiro com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa.

§1º O fundo a que se refere o caput ficará subordinado à fiscalização do Banco Central do Brasil, devendo sua contabilidade sujeitar-se às normas do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional — COSIF.

§2º O patrimônio do fundo a que se refere o caput será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito do Programa instituído nesta Lei.

§3º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:

I — não integram o ativo da CEF;

II — não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da CEF;

III — não compõem a lista de bens e direitos da CEF, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;

IV — não podem ser dados em garantia de débito de operação da CEF;

V — não são passíveis de execução por quaisquer credores da CEF, por mais privilegiados que possam ser;

VI — não podem ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.

§4º No título aquisitivo, a CEF fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do fundo a que se refere o caput.

§5º No registro de imóveis, serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior.

§6º A CEF fica dispensada da apresentação de certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional do Se-

guro Social-INSS, e da Certidão Negativa de Tributos e Contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal, quando alienar imóveis integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput.

§7ª A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do fundo a que se refere o caput será efetivada diretamente pela CEF, constituindo o instrumento de alienação documento hábil para cancelamento, perante o Cartório de Registro de Imóveis, das averbações pertinentes às restrições e destaque de que tratam os §§ 3ª e 4ª.

§8ª Cabe à CEF a gestão do Fundo. *(Incluído pela Lei nº 10.859, de 2004)*

Art.3ª Para atendimento exclusivo às finalidades do Programa instituído nesta Lei, fica a CEF autorizada a:

I — utilizar os saldos disponíveis dos seguintes Fundos e Programa em extinção:

a) Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social — FAS, criado pela *Lei nº 6.168, de 9 de dezembro de 1974*;

b) Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL, criado pelo *Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982*;

c) Programa de Difusão Tecnológica para Construção de Habitação de Baixo Custo — PROTECH, criado por Decreto de 28 de julho de 1993; e

d) Fundo de Desenvolvimento Social — FDS, a que se refere o *Decreto nº 103, de 22 de abril de 1991*;

II — contratar operações de crédito com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, na forma e condições disciplinadas pelo Conselho Curador do FGTS, até limite a ser fixado pelo Poder Executivo; e *(Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)*

III — receber outros recursos a serem destinados ao Programa. *(Incluído pela Lei nº 10.859, de 2004)*

§1ª Do saldo relativo ao FDS será deduzido o valor necessário ao provisionamento, na CEF, das exigibilidades de responsabilidade do Fundo existentes na data de publicação desta Lei.

§2ª A CEF promoverá o pagamento, nas épocas próprias, das obrigações de responsabilidade do FDS.

§3º As receitas provenientes das operações de arrendamento e das aplicações de recursos destinados ao Programa instituído nesta Lei serão, deduzidas as despesas de administração, utilizadas para amortização da operação de crédito a que se refere o inciso II.

§4º O saldo positivo existente ao final do Programa será integralmente revertido à União.

§ 5º A aquisição de imóveis para atendimento dos objetivos do Programa será limitada a valor a ser estabelecido pelo Poder Executivo. *(Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)*

§ 6º No caso de imóveis tombados pelo Poder Público nos termos da legislação de preservação do patrimônio histórico e cultural ou daqueles inseridos em programas de revitalização ou reabilitação de centros urbanos, a CEF fica autorizada a adquirir os direitos de posse em que estiverem imitados a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas entidades, desde que devidamente registrados no Registro Geral de Imóveis — RGI, nos termos do art. 167, inciso I, item 36, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *(Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)*

Art.4º Compete à CEF:

I — criar o fundo financeiro a que se refere o art. 2º;

II — alocar os recursos previstos no art. 3º, inciso II, responsabilizando-se pelo retorno dos recursos ao FGTS, na forma do § 1º do art. 9º da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;

III—expedir os atos necessários à operacionalização do Programa;

IV — definir os critérios técnicos a serem observados na aquisição e no arrendamento com opção de compra dos imóveis destinados ao Programa;

V — assegurar que os resultados das aplicações sejam revertidos para o fundo e que as operações de aquisição de imóveis sujeitar-se-ão aos critérios técnicos definidos para o Programa;

VI — representar o arrendador ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

VII — promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos.

Parágrafo único. As operações de aquisição, construção, recuperação, arrendamento e venda de imóveis obedecerão aos critérios estabelecidos pela CEF, respeitados os princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade, moralidade administrativa, interesse público e eficiência, ficando dispensada da observância das disposições específicas da lei geral de licitação.

I — estabelecer diretrizes para a aplicação dos recursos alocados ao Programa, especialmente quanto às áreas de atuação, público-alvo e valor máximo de aquisição da unidade a ser objeto de arrendamento;

II — fixar a remuneração do agente gestor;

III — acompanhar e avaliar o desempenho do Programa quanto ao atingimento dos seus objetivos.

Art. 5º Compete ao Ministério das Cidades: *(Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)*

I — estabelecer diretrizes gerais para a aplicação dos recursos alocados; *(Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)*

II — fixar regras e condições para implementação do Programa, tais como áreas de atuação, público-alvo, valor máximo de aquisição da unidade habitacional objeto de arrendamento, dentre outras que julgar necessárias; e *(Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)*

III — acompanhar e avaliar o desempenho do Programa em conformidade com os objetivos estabelecidos nesta Lei. *(Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)*

CAPÍTULO II

DO ARRENDAMENTO RESIDENCIAL

Art.6º Considera-se arrendamento residencial a operação realizada no âmbito do Programa instituído nesta Lei, que tenha por objeto o arrendamento com opção de compra de bens imóveis adquiridos para esse fim específico.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se arrendatária a pessoa física que, atendidos os requisitos estabelecidos pelo Ministério das Cidades, seja habilitada pela CEF ao arrendamento. *(Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)*

(Revogado pela Lei nº 10.859, de 2004)

I — prazo do contrato;

II — valor da contraprestação e critérios de atualização;

III — opção de compra;

IV — preço para opção de compra ou critério para sua fixação.

Parágrafo único. Para o estabelecimento das condições a que se refere o caput, deverão ser observadas as diretrizes fixadas pelo Ministério da Fazenda e pela Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano.

Art. 8º O contrato de aquisição de imóveis pelo arrendador, as cessões de posse e as promessas de cessão, bem como o contrato de transferência do direito de propriedade ou do domínio útil ao arrendatário, serão celebrados por instrumento particular com força de escritura pública e registrados em Cartório de Registro de Imóveis competente. *(Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)*

Art.9º Na hipótese de inadimplemento no arrendamento, findo o prazo da notificação ou interpelação, sem pagamento dos encargos em atraso, fica configurado o esbulho possessório que autoriza o arrendador a propor a competente ação de reintegração de posse.

Art.10. Aplica-se ao arrendamento residencial, no que couber, a legislação pertinente ao arrendamento mercantil.

Art.11. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 2.135-23, de 28 de dezembro de 2000.

Art.12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Congresso Nacional, em 12 de fevereiro de 2001; 180ª da Independência e 113ª da República

Senador Antonio Carlos Magalhães
Presidente

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 14.2.2001

Código Civil

Da Propriedade Fiduciária

CAPÍTULO IX

Da Propriedade Fiduciária

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

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

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

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

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

- I — o total da dívida, ou sua estimativa;
- II — o prazo, ou a época do pagamento;
- III — a taxa de juros, se houver;

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

Art. 1.363. Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário:

I — a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza;

II — a entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento.

Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.

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.

Art. 1.366. Quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante.

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

Art. 1.368. O terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária.

Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial. (*Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004*)

Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004

Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1ª de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.

CAPÍTULO IV DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO

Art. 35. Os bens constitutivos de garantia pignoratícia ou objeto de alienação fiduciária poderão, a critério do credor, permanecer sob a posse direta do emitente ou do terceiro prestador da garantia, nos termos da cláusula de constituto possessório, caso em que as partes deverão especificar o local em que o bem será guardado e conservado até a efetiva liquidação da obrigação garantida.

§ 1º O emitente e, se for o caso, o terceiro prestador da garantia responderão solidariamente pela guarda e conservação do bem constitutivo da garantia.

§ 2º Quando a garantia for prestada por pessoa jurídica, esta indicará representantes para responder nos termos do § 1º.

Art. 36. O credor poderá exigir que o bem constitutivo da garantia seja coberto por seguro até a efetiva liquidação da obrigação garantida, em que o credor será indicado como exclusivo beneficiário da apólice securitária e estará autorizado a receber a indenização para liquidar ou amortizar a obrigação garantida.

Art. 37. Se o bem constitutivo da garantia for desapropriado, ou se for danificado ou perecer por fato imputável a terceiro, o credor sub-rogar-se-á no direito à indenização devida pelo expropriante ou pelo terceiro causador do dano, até o montante necessário para liquidar ou amortizar a obrigação garantida.

Art. 38. Nos casos previstos nos arts. 36 e 37 desta Lei, facultar-se-á ao credor exigir a substituição da garantia, ou o seu reforço, renunciando ao direito à percepção do valor relativo à indenização.

Art. 39. O credor poderá exigir a substituição ou o reforço da garantia, em caso de perda, deterioração ou diminuição de seu valor.

Parágrafo único. O credor notificará por escrito o emitente e, se for o caso, o terceiro garantidor, para que substituam ou reforcem a garantia no prazo de quinze dias, sob pena de vencimento antecipado da dívida garantida.

.....

CAPÍTULO V

DOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEIS

Art. 46. Nos contratos de comercialização de imóveis, de financiamento imobiliário em geral e nos de arrendamento mercantil de imóveis, bem como nos títulos e valores mobiliários por eles originados, com prazo mínimo de trinta e seis meses, é admitida estipulação de cláusula de reajuste, com periodicidade mensal, por índices de preços setoriais ou gerais

ou pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança.

§ 1º É vedado o pagamento dos valores relativos à atualização monetária apropriados nos títulos e valores mobiliários, quando ocorrer o resgate antecipado, total ou parcial, em prazo inferior ao estabelecido no caput.

§ 2º Os títulos e valores mobiliários a que se refere o caput serão cancelados pelo emitente na hipótese de resgate antecipado em que o prazo a decorrer for inferior a trinta e seis meses.

§ 3º Não se aplica o disposto no § 1o, no caso de quitação ou vencimento antecipados dos créditos imobiliários que lastreiem ou tenham originado a emissão dos títulos e valores mobiliários a que se refere o caput.

Art. 47. São nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, de forma direta ou indireta, resultem em efeitos equivalentes à redução do prazo mínimo de que trata o caput do art. 46.

Parágrafo único. O Conselho Monetário Nacional poderá disciplinar o disposto neste artigo.

Art. 48. Fica vedada a celebração de contratos com cláusula de equivalência salarial ou de comprometimento de renda, bem como a inclusão de cláusulas desta espécie em contratos já firmados, mantidas, para os contratos firmados até a data de entrada em vigor da Medida Provisória no 2.223, de 4 de setembro de 2001, as disposições anteriormente vigentes.

Art. 49. No caso do não-pagamento tempestivo, pelo devedor, dos tributos e das taxas condominiais incidentes sobre o imóvel objeto do crédito imobiliário respectivo, bem como das parcelas mensais incontroversas de encargos estabelecidos no respectivo contrato e de quaisquer outros encargos que a lei imponha ao proprietário ou ao ocupante de imóvel, poderá o juiz, a requerimento do credor, determinar a cassação de medida liminar, de medida cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela que tenha interferido na eficácia de cláusulas

do contrato de crédito imobiliário correspondente ou suspenso encargos dele decorrentes.

Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia.

§ 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.

§ 2º exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados.

§ 3º Em havendo concordância do réu, o autor poderá efetuar o depósito de que trata o § 2º deste artigo, com remuneração e atualização nas mesmas condições aplicadas ao contrato:

I — na própria instituição financeira credora, oficial ou não; ou

II — em instituição financeira indicada pelo credor, oficial ou não, desde que estes tenham pactuado nesse sentido.

§ 4º O juiz poderá dispensar o depósito de que trata o § 2º em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto.

§ 5º É vedada a suspensão liminar da exigibilidade da obrigação principal sob a alegação de compensação com valores pagos a maior, sem o depósito do valor integral desta.

Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel.

Art. 52. Uma vez protocolizados todos os documentos necessários à averbação ou ao registro dos atos e dos títulos a que se referem esta Lei e a Lei no 9.514, de 1997, o oficial de Registro de Imóveis procederá ao registro ou à averbação, dentro do prazo de quinze dias.

Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004

Dispõe sobre o Certificado de Depósito Agropecuário – CDA e dá outras providências.

Art. 38. As companhias securitizadoras de direitos creditórios do agronegócio são instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações e terão por finalidade a aquisição e securitização desses direitos e a emissão e colocação de Certificados de Recebíveis do Agronegócio no mercado financeiro e de capitais.

Art. 39. As companhias securitizadoras de direitos creditórios do agronegócio podem instituir regime fiduciário sobre direitos creditórios oriundos do agronegócio, o qual será regido, no que couber, pelas disposições expressas nos arts. 9º a 16 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Subseção III Da Securitização de Direitos Creditórios do Agronegócio

Art. 40. A securitização de direitos creditórios do agronegócio é a operação pela qual tais direitos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Direitos Creditórios, emi-

tido por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos:

- I — identificação do devedor;
- II — valor nominal e o vencimento de cada direito creditório a ele vinculado;
- III — identificação dos títulos emitidos;
- IV — indicação de outras garantias de resgate dos títulos da série emitida, quando constituídas.

Seção VI

Disposições Comuns ao CDCA, à LCA e ao CRA

Art. 41. É facultada a cessão fiduciária em garantia de direitos creditórios do agronegócio, em favor dos adquirentes do CDCA, da LCA e do CRA, nos termos do disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Lei nº 11.101, de 8 de fevereiro de 2005

Dispositivos referentes à propriedade fiduciária e ao patrimônio de afetação

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

.....
§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

.....
Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

.....

IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

.....

Art. 136. Reconhecida a ineficácia ou julgada procedente a ação revocatória, as partes retornarão ao estado anterior, e o contratante de boa-fé terá direito à restituição dos bens ou valores entregues ao devedor.

§ 1º Na hipótese de securitização de créditos do devedor, não será declarada a ineficácia ou revogado o ato de cessão em prejuízo dos direitos dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizador.

§ 2º É garantido ao terceiro de boa-fé, a qualquer tempo, propor ação por perdas e danos contra o devedor ou seus garantes.

**Lei nº 11.196,
de 21 de novembro de 2005.**

Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação — REPES, e dá outras providências.

**CAPÍTULO XII
DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO CONSTITUÍ-
DOS POR ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA
COMPLEMENTAR E POR SOCIEDADES SEGURA-
DORAS E DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO PARA
GARANTIA DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA**

(…)

Art. 88. As instituições autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM para o exercício da administração de carteira de títulos e valores mobiliários ficam autorizadas a constituir fundos de investimento que permitam a cessão de suas quotas em garantia de locação imobiliária.

§ 1º A cessão de que trata o caput deste artigo será formalizada, mediante registro perante o administrador do fundo, pelo titular das quotas, por meio de termo de cessão fiduciária acompanhado de 1 (uma) via do contrato de locação, constituindo, em favor do credor fiduciário, propriedade resolúvel das quotas.

§ 2º Na hipótese de o cedente não ser o locatário do imóvel locado, deverá também assinar o contrato de locação ou aditivo, na qualidade de garantidor.

§ 3º A cessão em garantia de que trata o caput deste artigo constitui regime fiduciário sobre as quotas cedidas, que ficam indisponíveis, inalienáveis e impenhoráveis, tornando-se a instituição financeira administradora do fundo seu agente fiduciário.

§ 4º O contrato de locação mencionará a existência e as condições da cessão de que trata o caput deste artigo, inclusive quanto a sua vigência, que poderá ser por prazo determinado ou indeterminado.

§ 5º Na hipótese de prorrogação automática do contrato de locação, o cedente permanecerá responsável por todos os seus efeitos, ainda que não tenha anuído no aditivo contratual, podendo, no entanto, exonerar-se da garantia, a qualquer tempo, mediante notificação ao locador, ao locatário e à administradora do fundo, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

§ 6º Na hipótese de mora, o credor fiduciário notificará extrajudicialmente o locatário e o cedente, se pessoa distinta, comunicando o prazo de 10 (dez) dias para pagamento integral da dívida, sob pena de excussão extrajudicial da garantia, na forma do § 7º deste artigo.

§ 7º Não ocorrendo o pagamento integral da dívida no prazo fixado no § 6º deste artigo, o credor poderá requerer ao agente fiduciário que lhe transfira, em caráter pleno, exclusivo e irrevogável, a titularidade de quotas suficientes para a sua quitação, sem prejuízo da ação de despejo e da demanda, por meios próprios, da diferença eventualmente existente, na hipótese de insuficiência da garantia.

§ 8º A excussão indevida da garantia enseja responsabilidade do credor fiduciário pelo prejuízo causado, sem prejuízo da devolução das quotas ou do valor correspondente, devidamente atualizado.

§ 9º O agente fiduciário não responde pelos efeitos do disposto nos §§ 6º e 7º deste artigo, exceto na hipótese de comprovado dolo, má-fé, simulação, fraude ou negligência, no exercício da administração do fundo.

§ 10. Fica responsável pela retenção e recolhimento dos impostos e contribuições incidentes sobre as aplicações efetuadas nos fundos de investimento de que trata o caput deste artigo a instituição que administrar o fundo com a estrutura prevista neste artigo, bem como pelo cumprimento das obrigações acessórias decorrentes dessa responsabilidade.

(...)

Art. 90. Compete ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e à Superintendência de Seguros Privados, no âmbito de suas respectivas atribuições, dispor sobre os critérios complementares para a regulamentação deste Capítulo.

Anteprojeto do Código de Obrigações, de 1965

PRIMEIRA PARTE OBRIGAÇÕES E SUAS FONTES

TÍTULO VIII ESPÉCIES DE CONTRATOS

CAPÍTULO XVIII FIDÚCIA

Art. 672 — Pelo contrato de fidúcia uma das partes, recebendo da outra bens móveis ou imóveis, assume o encargo de administrá-los em proveito do instituidor ou de terceiro, tendo, porém, a livre disposição dos mesmos, sem prejuízo do direito do beneficiário.

Art. 673 — A fidúcia requer forma escrita e pode ser constituída sobre bens e direitos presentes ou futuros, com caráter revogável ou irrevogável.

Art. 674 — Na fidúcia sobre bem imóvel é da substância do ato a escritura pública, levada ao Registro respectivo, devendo ser inscritas as limitações ao poder de alienar ou gravar impostas ao fiduciário.

§ 1º — Com o registro da fidúcia o bem imóvel transferido ao fiduciário constitui propriedade resolúvel.

§ 2º — Falecido o fiduciário ou afastado da fidúcia por qualquer motivo, o imóvel inscrito em seu nome passará ao do seu substituto.

Art. 675 — Os bens objeto da fidúcia constituem patrimônio separado e serão administrados de acordo com as instruções prescritas pelo instituidor e, na falta destas, com a diligência do homem de negócios leal e honesto.

Art. 676 — Cumpre ao fiduciário sub-rogar sempre em outros os bens que alienar no interesse da administração, e pagar pontualmente os rendimentos ou lucros ao beneficiário.

Art. 677 — Responde o fiduciário pelos prejuízos que causar por negligência ou por administração temerária, e sendo mais de um, respondem todos solidariamente.

Art. 678 — Será destituído pelo juiz o fiduciário que faltar aos seus deveres ou se incompatibilizar para a fidúcia quando tiver ou defender interesses opostos aos da administração ou do beneficiário.

Art. 679 — Não mencionando o contrato quem deva substituir o fiduciário no caso de morte, incapacidade, renúncia, destituição ou impedimento, cabe ao juiz a designação, se o instituidor ou quem o suceder não o fizer.

Art. 680 — Entende-se remunerada a administração do fiduciário, devendo o juiz fixar percentagem sobre os rendimentos ou lucros produzidos na ausência de cláusula expressa.

Art. 681 — As instituições financeiras poderão manter, mediante autorização do órgão competente do Governo Federal, serviço de administração de bens mediante contrato de fidúcia.

Art. 682 — Extingui-se a fidúcia:

a) pela revogação, quando prevista expressamente;

b) pelo vencimento do prazo ajustado, quando não for vitalícia;

c) pela renúncia ou morte do beneficiário, sem sucessor indicado pelo instituidor.

Art. 683 — Extinta a fidúcia, os bens reverterem de pleno direito ao instituidor ou seus sucessores, salvo se o contrato houver disposto, para a hipótese, a consolidação da propriedade no patrimônio do beneficiário.

Anteprojeto de Lei²

Dispõe sobre o contrato de fidúcia e dá outras providências.

Art. 1º. Pelo contrato de fidúcia uma das partes, denominada fiduciante, transmite a propriedade fiduciária de bens ou direitos a outra, denominada fiduciário, para que este os administre em proveito de um terceiro, denominado beneficiário, ou do próprio fiduciante, e os transmita a estes ou a terceiros, de acordo com o estipulado no contrato.

§ 1º. A fidúcia requer forma escrita e pode ter como objeto bens e direitos presentes e futuros, com caráter revogável ou irrevogável.

§ 2º. Na fidúcia para fins de garantia o fiduciário pode ser o beneficiário, nas condições estabelecidas no contrato.

§ 3º. O contrato deverá conter:

I — a identificação das partes e dos beneficiários, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas;

II — os elementos que permitam a futura identificação dos beneficiários, caso estes não existam à época da constituição da fidúcia;

2 O anteprojeto proposto nesta monografia foi integralmente convertido em Projeto de Lei, pelo Deputado José Chaves, encontrando-se em tramitação na Câmara Federal sob o nº 4.809/98.

III — a individualização dos bens e direitos objeto da fidúcia, bem como a indicação do modo pelo qual outros bens poderão vir a ser incorporados à fidúcia;

IV — a condição ou o termo a que estiver subordinada a fidúcia, que não poderá durar mais do que trinta anos, bem como a destinação dos bens e direitos, ao final do prazo do respectivo contrato;

V — a menção à natureza fiduciária da propriedade dos bens e direitos integrantes da fidúcia, com a indicação das limitações impostas pelo regime fiduciário;

VI — os direitos e as obrigações das partes e dos beneficiários;

VII — a extensão dos poderes do fiduciário, em especial os de disposição sobre os bens ou direitos objeto da fidúcia, com a enunciação dos requisitos a serem observados na transmissão dos mesmos aos beneficiários, ao fiduciante ou a terceiros;

VIII — a forma e o prazo da prestação de contas do fiduciário.

§ 4º. O contrato de fidúcia será registrado, conforme a natureza dos bens ou direitos que tiver como objeto, no Registro de Imóveis da circunscrição do imóvel dado em fidúcia, no Registro de Títulos e Documentos, na Comarca em que forem domiciliados o fiduciário e o fiduciante, ou no órgão público competente.

§ 5º. O bem ou direito transferido ao fiduciário constitui propriedade resolúvel.

§ 6º. Verificada a condição ou o termo, incumbe ao fiduciário transmitir os bens ou direitos objeto da fidúcia ao beneficiário, ao fiduciante ou a terceiros, nos termos pactuados, independente de qualquer ato judicial.

§ 7º. O beneficiário poderá transmitir seus direitos, inclusive por testamento, salvo disposição em contrário do fiduciário. Poderá, também, o fiduciário transmitir sua posição contratual, nos termos do título de constituição da fidúcia.

§ 8º. A fidúcia poderá também ser instituída por testamento.

§ 9º. Aplicam-se à transmissão fiduciária as normas aplicáveis à transmissão de bens e direitos em geral, ressalvadas as peculiaridades e limitações previstas nesta Lei.

Art. 2º. Na fidúcia sobre bem imóvel é da substância do ato a escritura pública, de cujo registro deverão constar as limitações ao poder de alienar ou gravar impostas ao fiduciário.

§ 1º. A propriedade fiduciária da coisa imóvel constitui-se mediante registro no Registro de Imóveis competente, sendo objeto de averbação sua restituição ao fiduciante ou sua consolidação no fiduciário.

§ 2º. Falecido o fiduciário ou afastado da fidúcia, por qualquer motivo, inclusive por cessão dos seus direitos, o imóvel registrado em seu nome passará ao do seu substituto.

Art. 3º. Os bens e direitos objeto da fidúcia, bem como seus frutos e rendimentos, constituem propriedade fiduciária, limitados os poderes a ela inerentes na conformidade do que dispuser o contrato de fidúcia.

§ 1º. Considera-se fiduciária a propriedade de coisa, ou a titularidade de direito, subordinada a durar somente até o implemento de uma condição resolutiva ou até o advento de um termo, quando se opera a transmissão da coisa ou do direito ao beneficiário, ao fiduciante ou a terceiros ou sua consolidação no fiduciário, conforme o caso, nos termos do contrato.

§ 2º. O caráter fiduciário da propriedade produzirá efeitos perante terceiros a partir do registro do contrato de fidúcia, no Serviço de Registro ou no órgão público competente, conforme a natureza dos bens objeto da fidúcia.

§ 3º. Quando previsto no contrato, o fiduciário investirá na propriedade fiduciária dos bens ou direitos que vier a adquirir com os frutos ou rendimentos do objeto da fidúcia, ou com o produto da alienação desses bens, devendo dos atos de aquisição constar a origem dos recursos.

§ 4º. Nos condomínios organizados para fins de investimento, de qualquer natureza, nas sociedades sob a forma mutualista, ou sob qualquer outra forma, que tenham por finalidade o autofinanciamento dos associados, a entidade administradora figurará como proprietária fiduciária dos bens objeto dos respectivos negócios do grupo.

Art. 4º. Os bens e direitos objeto da fidúcia manter-se-ão apartados do ativo do fiduciário e do fiduciante e constituem patrimônio autônomo, afetado à finalidade determinada no título de constituição da fidúcia, não respondendo pelas dívidas pessoais do fiduciário ou do fiduciante, salvo, quanto às do fiduciante, nos casos de fraude.

§ 1º. O fiduciário poderá dispor ou gravar os bens dados em fidúcia, nas condições e para os fins previstos no contrato de fidúcia.

§ 2º. O fiduciário deverá diligenciar para que os bens objeto da fidúcia não se comuniquem, nem se confundam, com os bens e direitos do seu patrimônio ou de outros patrimônios sob sua administração.

§ 3º. As obrigações inerentes ao patrimônio fiduciário serão satisfeitas exclusivamente com os frutos e rendimentos por ele produzidos, ou com o produto da alienação dos bens ou direitos dele integrantes, procedendo-se, em caso de insuficiência, nos termos que dispuser o contrato de fidúcia.

Art. 5º. Os bens e direitos objeto da fidúcia serão administrados pelo fiduciário de acordo com o disposto no respectivo contrato.

§ 1º. Poderá ser fiduciário qualquer pessoa física ou jurídica capaz de direitos e obrigações na ordem civil e comercial, salvo quando a implementação da fidúcia implicar captação de recursos do público, hipótese em que a atividade de fiduciário é privativa das instituições financeiras ou de entidades especialmente autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional ou pelo Banco Central do Brasil.

§ 2º. É igualmente privativa das instituições financeiras e das entidades autorizadas ou credenciadas pelo Conselho Mo-

netário Nacional ou pelo Banco Central do Brasil a oferta pública para o exercício da atividade de fiduciário.

§ 3º. O contrato de fidúcia legitima o fiduciário para o exercício de todas as ações atinentes à defesa dos bens e direitos objeto da fidúcia, inclusive em face do beneficiário.

§ 4º. Poderá o fiduciário delegar a implementação de determinados atos da fidúcia, desde que sob sua supervisão, mantendo-se inalterada sua responsabilidade.

§ 5º. O fiduciário responde pelos prejuízos que causar por negligência ou administração temerária e, sendo mais de um fiduciário, respondem todos solidariamente.

§ 6º. Salvo estipulação em contrário, a atividade do fiduciário será remunerada, e reembolsadas as despesas que fizer na administração da fidúcia. Na falta de cláusula expressa, a remuneração será fixada mediante arbitragem.

Art. 6º. São deveres do fiduciário, além daqueles que vierem a ser estabelecidos no contrato de fidúcia:

a) implementar todos os atos necessários à consecução da fidúcia, inclusive mediante adoção de medidas judiciais;

b) manter os bens e direitos objeto da fidúcia separados dos seus e de outros sob sua administração;

c) aplicar os recursos e os bens provenientes da fidúcia na conformidade do que dispuser o contrato de fidúcia;

d) transferir os bens e direitos objeto da fidúcia àquele que estiver determinado no respectivo contrato, uma vez verificada a condição ou o termo;

e) prestar contas de sua gestão, na periodicidade prevista no contrato de fidúcia.

Art. 7º. O fiduciário poderá ser destituído de suas funções, por iniciativa do fiduciante ou do beneficiário, nas seguintes hipóteses:

a) quando tiver ou defender interesses incompatíveis com os da administração, do fiduciante ou do beneficiário;

b) por incapacidade ou inabilitação para o exercício dos poderes necessários à implementação da fidúcia;

c) por falta ou negligência na administração.

Art. 8º. Não mencionando o contrato quem deva substituir o fiduciário no caso de morte, incapacidade, renúncia, destituição ou impedimento, será o substituto designado pelo juiz, se o fiduciante ou quem o suceder não o fizer.

Art. 9º. São direitos do beneficiário, além daqueles que decorrerem de lei ou estiverem previstos no contrato:

a) exigir do fiduciário o cumprimento de suas obrigações legais e contratuais;

b) adotar medidas de defesa ou proteção dos bens e direitos dados em fidúcia, caso o fiduciário não o faça;

c) obter a transmissão da propriedade dos bens e direitos dados em fidúcia, uma vez verificada a condição ou o termo do contrato.

Art. 10. São direitos do fiduciante, além daqueles estatuídos na lei ou dos que o fiduciante tiver reservado para si no contrato:

a) revogar a fidúcia, promover a destituição do fiduciário e nomear seu substituto;

b) obter a restituição dos bens e direitos objeto da fidúcia quando da realização da condição ou do advento do termo, se outro destino não estiver previsto no contrato;

c) exigir prestação de contas do fiduciário;

d) exercer ação de responsabilidade do fiduciário;

Art. 11. A fidúcia se extingue:

a) pelo advento do termo ou pela realização da condição;

b) pela revogação, quando prevista expressamente;

c) pela renúncia ou morte do beneficiário, sem sucessor indicado pelo fiduciante;

d) por acordo entre o fiduciante e o beneficiário, respeitados os direitos do fiduciário;

e) por decisão judicial, quando, na ausência de disposição contratual dispondo sobre as condições pelas quais o contrato prosseguiria, se verifique a morte do fiduciário, ou, quando pessoa jurídica, sua liquidação ou quebra.

Art. 12. Extinta a fidúcia, os bens e direitos reverterem de pleno direito ao patrimônio do fiduciante ou seus sucessores,

salvo se o contrato houver disposto, para a hipótese, a consolidação da propriedade no patrimônio do beneficiário.

Art. 13. O Conselho Monetário Nacional ou o Banco Central do Brasil, conforme o caso, regulamentará a contratação e administração da fidúcia pelas instituições financeiras e pelas demais entidades por eles autorizadas.

Art. 14. Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, à alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, à cessão fiduciária de direitos creditórios e às demais hipóteses de constituição de propriedade ou de titularidade fiduciária, em especial quando destinada à garantia ou administração.

Art. 15. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Bibliografia

- ABELEDON-PERROT. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- ALFARO, Ricardo. "Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil". Cursos monográficos, vol. I, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, Cuba, 1948.
- ALVES, José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. III.
- _____. *Alienação Fiduciária em Garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1998.
- ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.
- _____. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. *Ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- _____. "A Lei 10.931/04 e os novos delineamentos do procedimento da ação de busca e apreensão (DL 911/69)". In: *Revista Dialética de Processo Civil*, n. 20, ps. 59-74, nov. 2004.

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. São Paulo: RT, 1993.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor; estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum". In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, abr./jun. 1996.
- BARROS, Francisco Carlos da Rocha. *Comentários à Lei do Inquilinato*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BATIZA, Rodolfo. *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, 2. ed. México: Ed. Porrúa, 1985.
- BEVILACQUA, Clóvis, *Teoria geral do direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.
- BUZAID, Alfredo, "Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia". In: *Revista dos Tribunais*, n. 401, ps. 9-29.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CARREGAL, Mário A. *El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1982.
- CHALHUB, Melhim Namem. *TRUST – perspectiva do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, 2001.
- _____. *Da incorporação imobiliária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, 2005.
- ENNECCERUS, Ludwig e NIPPERDEY, Hans Carl, *Tratado de derecho civil de Enneccerus, Kipp e Wolff*. Tomo I, v. II, 2ª parte. 3. ed. espanhola, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1956.
- MARTINS-COSTA, Judith. "Os negócios fiduciários — considerações sobre a possibilidade de acolhimento do *trust* no Direito Brasileiro". In: *Revista dos Tribunais*, n. 657, ps. 37-50.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: RT, 1993.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. III.

- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Alienação fiduciária de coisa fungível – um grave equívoco". In: *Revista dos Tribunais*, 617:16-19, março de 1987.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária*. São Paulo: RT, 2005.
- FREITAS, Teixeira de. *Esboço do Código Civil*.
- FUNES, Saturnino J. Fideicomiso. *El Fiduciario en la Ley 24.441*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1996.
- GAMBARO, Antonio. *Trattato di diritto privato – la proprietà*. Milão: Giuffrè, 1990.
- GOMES, Luiz Roldão Freitas. "As garantias da obrigação no aspecto substantivo e processual no direito brasileiro (um estudo de direito luso-brasileiro)". In: *Revista Arquivos do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro*, n. 22, ps. 16-27.
- _____. *Elementos de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, Rio, 2000.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- _____. *Alienação fiduciária em garantia*. 4. ed. São Paulo: RT, 1975.
- _____. *Direitos Reais*. 14.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, pg. 393. Atualizador Humberto Theodoro Júnior.
- _____. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel*. São Paulo: RT, 1979.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975.
- _____. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- _____. *O Processo e sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- HART, Walter G. "What is a trust". In: *The Law Quarterly Review*, v. 15, n. LIX, jul. 1989.
- JAUFFRET-SPINOSI, Camille. "La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance". In: *Journal de Droit International*, 114^a année, n. 1, p. 23.
- JACOMINO, Sérgio. "Penhora – alienação fiduciária de coisa imóvel. Algumas considerações sobre o registro". In: *Boletim Eletrônico IRIB*. # 2245, 09/01/2006.

- KIPER, Cláudio Marcelo. *Fideicomiso. Domínio fiduciário. Securitización*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996.
- LEPAULLE, Pierre. "La natureza del trust". In: *Revista General de Derecho y jurisprudencia*, México, 1932, t. III, p. 115.
- LIMA, Otto de Sousa. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: RT, 1962.
- LISOPRAWSKI, Silvio V.. *Fideicomiso*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- LOZANO, José M. Villagordoa. *Doctrina General del Fideicomiso*. 2. ed. México: Porrúa, 1982.
- MACHADO, Antonio Cláudio da Costa, *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MARIONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed., São Paulo: RT, 1998.
- MARTEORELL, Navarro. *La propiedad fiduciaria*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1950.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Tip. Besnard Frères, 1917.
- MESSINA, Giuseppe. *Scritti Giuridici – Negozi Fiduciari*. Milão: Dott A. Giuffré, Editore 1948, v. I.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil e comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, tradução de Santiago Sentis Melendo.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 1961.
- NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 20. ed. revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizadora: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.
- _____, *Instituições de direito civil – contratos*. 12. ed., revista e atualizada por Regis Frichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. III.

- _____, *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. IV.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- PINHEIRO, Luís Lima. *A cláusula de reserva da propriedade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- PERROT, Abeledo. *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- PETTIT, Philip H. *Equity and the law of trust*. 7. ed. Londres: Butterworths, 1993.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- PUTTI, Pietro Maria. "I fondi comuni di investimento". In: *Revista Doutrinária do Instituto Luso Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado*, 2000.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1974.
- RELATÓRIO DA COMISSÃO ELABORADORA. Projeto do Código de Obrigações, 1965. Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1989, v. 4.
- RETIFFE NETO, Paulo. *Garantia Fiduciária*. São Paulo. RT. 1976.
- RIPERT, George. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1947.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. *O conceito de trust e sua influência no Direito Societário*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1994.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. "Alienação fiduciária de coisa imóvel". In: *Júris Síntese* n. 19, set-out/1999.
- SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.
- SCHIMIDT, Francisco Arnaldo. *Incorporação imobiliária - teoria e prática*. Porto Alegre: Editora Gráfica Metrópole, 1995.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. *A nova Lei do Inquilinato comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- _____. *A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder cautelar no direito processual civil*. São Paulo: RT, 665:11-23.
- VIANA, Marco Aurélio S., *Comentários ao novo Código Civil – Dos direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XVI. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. “Da Natureza Jurídica do Fundo Imobiliário”. In: *Revista Forense*, v. 309, p. 11.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo Civil*. São Paulo: RT, 1987.
- WORLY, B. A., “Le trust et ses applications modernes en droit anglais”. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1962.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

- Ação de busca e apreensão, 4.3.12.1
- Ação de busca e apreensão (perdas e danos), 4.3.12.1.4
- Ação de busca e apreensão (purgação da mora), 4.3.12.1.1
- Ação de busca e apreensão (resposta do devedor), 4.3.12.1.2
- Ação de busca e apreensão (sentença), 4.3.12.1.3
- Ação de cumprimento de obrigação de fazer, 4.4.11.4
- Ação de depósito, 4.3.12, 4.3.12.2
- Ação de despejo, 4.4.11.2
- Ação de execução, 4.3.12.3, 4.4.8.2
- Ação monitória, 4.3.12.4
- Ação possessória, 4.3.12.5, 4.4.11.1, 4.4.11.3
- Ação de reintegração de posse, 4.4.11.1
- Ação reivindicatória, 4.3.12
- Ações, 2.9.3.2
- Actio fiduciae contraria*, 1.2
- Actio fiduciae directa*, 1.2
- Afetação, 1.4.2.3, 3.5, 3.5.1 a 3.5.7
- Agente fiduciário (leilão extrajudicial), 4.4.15.3.1
- Agente fiduciário (securitização de créditos imobiliários), 4.7.6
- Alienação fiduciária (natureza jurídica), 4.2.1, 4.3.2, 4.4.2
- Alienação fiduciária de ações, 2.9.3.2, 4.2.1, 4.3.8
- Alienação fiduciária de bens imóveis e incorporação imobiliária, 4.4.3.1

Alienação fiduciária de bens imóveis, 4.4,
Alienação fiduciária de bens imóveis (definição legal), 4.4.2,
Alienação fiduciária de bens imóveis (forma do contrato), 4.4.6
Alienação fiduciária de bens imóveis (objeto do contrato), 4.4.5
Alienação fiduciária de bens imóveis (sujeitos do contrato), 4.4.3.1
Alienação fiduciária de bens móveis, 4.3
Alienação fiduciária de bens móveis (direitos e obrigações dos contratantes), 4.3.6
Alienação fiduciária de bens móveis (forma do contrato), 4.3.5.4
Alienação fiduciária de bens móveis (legitimidade), 4.3.5.2
Alienação fiduciária de bens móveis (objeto), 4.3.5.3
Alienação fiduciária de coisa fungível, 4.3.5.3
Alienação fiduciária em garantia (natureza jurídica), 4.2.1, 4.3.2, 4.4.2
Alienação fiduciária e figuras afins, 4.3.1
Alienação fiduciária e outros contratos de garantia, 4.4.14.4
Aluguel (garantia do contrato de locação), 4.5.4
Ameaça de lesão a direito, 4.4.15.2, 4.4.16
Antecipação de tutela, 4.4.11.4
Anuência do credor-fiduciário, 4.4.8.2
Artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, 4.4.14

B

Beneficial title, 1.4.2.3
Beneficiário, 2.4
Boa-fé objetiva, 4.4.14
Busca e apreensão, 4.3.12.1

C

Cancelamento da propriedade fiduciária, 4.3.7, 4.4.7, 4.4.12
Cancelamento do regime fiduciário, 4.4.12
Causa fiduciae, 2.5
Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI), 4.7.1
Cessão de crédito, 4.4.8.1
Cessão do contrato, 4.4.8.1, 4.4.8.2
Cessão da posição contratual do fiduciante, 4.4.8.2
Cessão da posição contratual do fiduciário, 4.4.8.1

Cessão de direitos aquisitivos, 4.4.8.2, 4.4.11, 4.4.12
 Cessão fiduciária de ações, 2.9.3.2
 Cessão fiduciária para garantia de locação, 4.5.4
 Cessão fiduciária de créditos imobiliários, 4.5
 Cessão fiduciária de direitos sobre bens móveis, 4.5.3
 Cessão fiduciária de títulos de crédito, 4.5.3
 Cessão fiduciária, 4.2.1, 4.5, 4.5.1, 4.5.2, 4.5.3, 4.5.5
 Cessionário fiduciário de créditos, 4.5.8, 4.5.9
Cestui que trust, 1.4.2, 1.4.2.3
 CETIP, 4.7.1
 Circulação do crédito imobiliário, 4.4.4
Civil law, 1.4.2.5
 Classificação de riscos, 4.7.2
 Código de Defesa do Consumidor, 4.3.9, 4.3.11, 4.4.14
 Coisa fungível, 4.3.5.3
 Comissão de Valores Mobiliários, 3.3
Common law, 1.4.2.2, 1.4.2.5
 Companhia securitizadora, 4.7.3
 Comprovação da mora, 4.4.8, 4.4.15.1, 4.4.15.2
 Concordata, 4.3.13
 Condição resolutiva, 1.3, 4.2.2.1, 4.4.8
 Condição suspensiva, 4.2.2.2
Conditio iuris, 4.2.2.2
 Condições operacionais no mercado imobiliário, 4.4.4
 Condomínio (leilão extrajudicial), 4.4.15.3.2
 Consolidação da propriedade, 3.6, 4.2.2.1, 4.3.12.1, 4.3.12.1.3,
 4.4.9, 4.4.12, 4.4.15.2
 Consórcio, 4.4.14.6
 Constituição da República, 4.4.15
 Consumidor, 4.4.14
 Contraditório, 4.4.15.2, 4.4.16
 Contrato acessório, 2.9.1, 4.3.2, 4.4.2
 Contrato de empréstimo, 4.4.14.4, 4.4.14.6, 4.4.14.7
 Contrato de mútuo, 4.4.14.4, 4.4.14.6, 4.4.14.7
 Contrato por instrumento particular, 4.3.5.4, 4.4.3.3
 Contrato inominado, 2.8
 Cotas de fundo de investimento para garantia de locação, 4.5.4
 Credor-fiduciário, 4.2.2, 4.2.2.1

D

- Dação em pagamento, 4.3.7, 4.4.7
- Decreto-lei 70/66 (leilão extrajudicial de imóvel hipotecado), 4.4.15.3.1
- Defesa do consumidor – princípios fundamentais, 4.4.14.1
- Desdobramento da posse, 4.4.3.3, 4.4.5
- Devedor-fiduciante, 4.2.2, 4.2.2.2
- Devido processo legal, 4.4.15, 4.4.15.2, 4.4.16
- Direito acessório, 3.6, 4.3.2, 4.4.2
- Direito de ação, 4.4.15.2, 4.4.16
- Direito de defesa, 4.4.15.2, 4.4.16
- Direito espanhol, 3.5.5
- Direito expectativo, 4.2.2.2
- Direito francês, 3.5.4
- Direito germânico medieval, 1.3
- Direito hispano-americano, 3.5.2.
- Direito italiano, 3.5.3
- Direito português, 3.5.6
- Direito real de aquisição, 4.2.2.2
- Direito romano, 1.2
- Direito sob condição suspensiva, 4.2.2.2
- Direitos e obrigações do credor-fiduciário, 4.3.6, 4.4.5
- Direitos e obrigações do devedor-fiduciante, 4.3.6, 4.4.5
- Dispensa do pagamento do saldo residual, 4.4.10, 4.4.14.4
- Domínio imperfeito, 3.6
- Domínio perfeito, 3.6
- Domínio resolúvel, 3.6

E

- Elasticidade da propriedade, 3.6
- Elementos do contrato de alienação fiduciária, 4.3.2 a 4.3.5.4, 4.4.3 a 4.4.3.3
- Empréstimo, 4.4.14.4, 4.4.14.6, 4.4.14.7
- Endosso, 2.3
- Equitable title*, 1.4.2.3
- Equitable right*, 1.4.2.2

Equity, 1.4, 1.4.2.2, 1.4.2.3,
Estate, 1.4
Estatuto de usos, 1.4.2.2
Extinção da propriedade fiduciária, 3.6, 4.3.14

F

Falência, 2.8.1, 3.5.1, 4.2.3, 4.3.13, 4.5.9
Feoffee, 1.4, 1.4.2
Fideicomisso de administração, 3.7
Fideicomisso de garantia, 3.7
Fideicomisso de investimento, 3.7
Fideicomisso, 3.4, 3.5, 3.5.2, 3.6, 3.6.2, 3.7
Fideicomisso (legislação Argentina), 3.7.1.3
Fideicomisso (legislação colombiana), 3.7.1.2
Fideicomisso (legislação mexicana), 3.7.1.1
Fiducia cum amico, 1.2
Fidúcia cum creditore, 1.2
Fidúcia mercantil, 3.7.1.2
Fidúcia, 1.1
Fiduciante, 2.4, 3.7.1.1, 3.7.1.2, 3.7.1.3
Fiduciante, insolvência, 2.8.1,
Fiduciário, 2.4, 3.7.1.1, 3.7.1.2, 3.7.1.3
Fiduciário (insolvência), 2.8.1
Financiamento, 4.4.12, 4.4.14.4
Forma do contrato de alienação fiduciária, 4.3.5.4, 4.4.3.3
Fundo de investimento imobiliário, 3.2, 3.5.3, 4.6.2
Fundo de investimento, 3.2, 3.5.3, 4.5.4, 4.6.1

G

Garantia fiduciária, (v. *alienação fiduciária e propriedade fiduciária*)
Garantia de contrato de locação, 4.5.4

H

Hipoteca, 3.6, 4.4.1

I

Imposto de transmissão *inter vivos*, 4.4.8.2, 4.4.9.1
In iure cessio, 1.2
Inadimplemento do devedor-fiduciante, 4.3.8, 4.4.7
Incidente de inconstitucionalidade, 4.4.15.3.1
Incorporação imobiliária (leilão extrajudicial), 4.4.15.3.2
Infungível, 1.2
Insolvência do fiduciante, 2.8.1, 4.2.2.3, 4.2.3, 4.4.13, 4.5.9
Insolvência do fiduciário, 2.5, 2.8.1, 4.2.2.3, 4.2.3, 4.4.13
Instrumento particular de contrato, 4.3.5.4, 4.4.3.3
ITBI, 4.4.8.2, 4.4.9.1

L

Lastro (de Certificado de Recebíveis Imobiliários – CRI), 4.7.2, 4.7.5
Laudêmio, 4.4.9.1
Legal right, 1.4.2.2
Legal tittle, 1.4.2.3
Lei de Recuperação de Sociedade Empresária, 4.4.13, 4.5.9
Lei especial nova em face do CDC, 4.4.14.2
Leilão extrajudicial de apartamento em construção, 4.4.15.3.2
Leilão extrajudicial de imóvel hipotecado (Sistema Financeiro da Habitação), 4.4.15.3.1
Leilão extrajudicial em face das garantias constitucionais, 4.4.16
Leilão, 4.4.10, 4.4.15.2, 4.4.15.3.1
Lesão a direito, 4.4.15.2, 4.4.16
Locação (garantia do contrato), 4.5.4
Liminar, 4.3.12.1, 4.4.11.1

M

Manus fidelis, 1.3
Mercado secundário de créditos imobiliários, 4.4.4
Modo de constituição da propriedade fiduciária, 4.3.2, 4.4.2
Mora *ex re*, 4.4.8
Mora, 4.3.8, 4.4.8
Mortgage, 1.4

Multa (contra o credor-fiduciário), 4.3.12.1.3
Mútuo, 4.4.14.4, 4.4.14.6, 4.4.14.7

N

Natureza jurídica (propriedade fiduciária), 3.6
Natureza jurídica (contrato de alienação fiduciária), 4.2.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.2
Natureza jurídica (direitos do fiduciante e do fiduciário), 4.2.2, 4.2.2.1, 4.2.2.2, 4.4.5
Negócio fiduciário, 2.1 a 2.11,
Negócio fiduciário, eficácia, 2.8
Negócio fiduciário, extinção, 2.11
Negócio jurídico indireto, 2.2, 2.3, 2.8
Negócio simulado, 2.6
Negócios fiduciários impróprios, 3.3
Negócios fiduciários próprios, 3.3
Notificação para purgação da mora, 4.4.7, 4.4.8
Numerus clausus, 3.5.1

O

Obrigação de fazer, 4.4.11.4

P

Pacto adjeto, 1.2
Pacto comissório, 4.3.2, 4.4.9, 4.4.14.5
Pacto de restituição, 1.3
Pactum conventum, 1.2
Pactum fiduciae, 1.2, 2.3, 2.5, 2.8.1, 3.1
Pagamento da dívida garantida pela propriedade fiduciária, 4.3.7, 4.4.7
Patrimônio autônomo, 3.3, 3.5.1, 3.5.2, 4.2
Patrimônio de afetação no direito brasileiro, 3.5.5
Patrimônio de afetação, 1.4.2.3, 1.4.2.4, 3.3, 3.5, 3.5.1, 3.5.2, 3.5.3, 3.5.4, 3.5.5, 3.5.6, 3.5.7, 4.2, 4.7.2, 4.7.5.
— no direito brasileiro, 3.5.7.
— no direito espanhol, 3.5.5.

- no direito francês, 3.5.4.
- no direito hispano-americano, 3.5.2.
- no direito italiano, 3.5.3.
- no direito português, 3.5.6.

Patrimônio de afetação (*numerus clausus*), 3.5.1

Patrimônio separado, 3.5.1, 3.5.2, 3.5.3, 3.5.4, 3.5.5, 3.5.6, 3.5.7, 4.2, 4.7.5

Penhor, 1.3, 3.6, 4.3.1, 4.4.15.3.1

Penhora dos direitos do devedor-fiduciante e do credor-fiduciário, 4.2.2.2, 4.2.2.3, 4.3.10

Perdas e danos, 4.3.12.1.4, 4.4.15.3.1

Posição jurídica do fiduciante e do fiduciário, 4.2.2., 4.2.2.1, 4.2.2.2, 4.4.5

Princípios fundamentais da defesa do consumidor, 4.4.14.1

Prisão do devedor, 4.3.12.2.1

Promessa de compra e venda, 4.4.14.6

Propriedade fiduciária e hipoteca, 4.4.1

Propriedade fiduciária (natureza jurídica), 3.6

Propriedade fiduciária no Código Civil, 3.6.1

Propriedade fiduciária no direito mexicano e argentino, 3.6.2

Propriedade fiduciária, 3.6, 3.7, 3.7.1.1, 3.7.1.2, 3.7.1.3, 4.2, 4.4

Propriedade fiduciária, desdobramento da posse, 4.4.2

Propriedade fiduciária, reversão ao devedor-fiduciante, 4.4.8

Propriedade nominal, 1.4.2.3

Propriedade resolúvel, 3.6, 4.2.2, 4.4.2, 4.4.1.5, 4.4.15.2

Propriedade substancial, 1.4.2.3

Purgação da mora, 4.3.9, 4.4.8,

Q

Quitação ao devedor-fiduciante, 4.3.7, 4.4.7, 4.4.10

R

Recuperação de empresa, 4.3.13, 4.4.13, 4.5.9

Regime fiduciário, 4.4.12, 4.7.2, 4.7.5

Registro de Imóveis, 3.6.1, 4.4.8.1, 4.4.8.2, 4.4.12

Registro do contrato, 4.3.5.4, 4.4.3.3, 4.4.8.2, 4.4.12

Reintegração de posse, 4.4.11.1

Requisitos do contrato de alienação fiduciária, 4.3.3 a 4.3.5.4, 4.4.3 a 4.4.3.3
 Reserva de domínio, 4.3.1
 Resposta do réu (na ação de busca e apreensão), 4.3.12.1.2
 Restituição ao devedor-fiduciante, 4.4.10, 4.4.14.7
 Retrovenda, 4.3.1
 Reversão da propriedade ao devedor-fiduciante, 3.6, 4.2.2.2, 4.3.7.1, 4.4.7.1, 4.4.7, 4.4.7.1, 4.4.11.4, 4.4.12

S

Salmann, 1.3
 Securitização de créditos imobiliários, 4.4.4
 Securitização de créditos imobiliários, 4.7.2
 Securitizadora, 4.7.3
Security Exchange Commission (SEC), 3.3
 Segregação patrimonial, 3.5, 3.5.1, 3.5.2, 4.7.5
 Sentença (ação de busca e apreensão), 4.3.12.1.3
Settlor, 1.4.2, 1.4.2.3
 Simulação, 2.6
 Sistema de custódia de títulos, 4.7.4
 Sistema de Financiamento Imobiliário, 4.4.4
 Situação de perigo, 2.5, 3.2, 3.3,
 Sub-rogação do cessionário, 4.4.8.1, 4.4.8.2

T

Taxa de ocupação, 4.4.11
 Teoria da afetação, 3.5.1
 Termo de quitação, 4.4.11.4,
 Titularidade fiduciária sobre direitos creditórios, 4.7, 4.7.5
Trust, 1.4.2, 1.4.2.3, 3.2, 3.4, 3.5.1, 4.7.2
Trustee, 1.4.2, 1.4.2.3, 3.5.1, 4.7.2

V

Vencimento antecipado da dívida, 4.3.10, 4.4.8.1
 Venda do bem objeto de propriedade fiduciária, 4.3.11, 4.4.10

Impresso em offset nas oficinas da
FOLHA CARIOCA EDITORA LTDA.
Rua João Cardoso, 23 – Rio de Janeiro-RJ
CEP 20220-060 – Tel.: **2253-2073** - Fax.: **2233-5306**

"A obra do Dr. Chalhub, intitulada *Negócio Fiduciário*, não poderia ser mais apropriada e contemporânea. Representa, sem dúvida alguma, uma valiosa colaboração à tentativa de recuperação dos investimentos produtivos que a sociedade tanto exige e, conseqüentemente, à redução do 'custo Brasil', que se impõe para que o país possa progredir adequadamente. São poucos os autores que se atrevem a ingressar neste tema, que é tão interessante quanto difícil."

Professor Arnoldo Wald

"Preocupou-se o autor com o aproveitamento em nosso Direito dos traços da fidúcia, do antigo Direito Romano, do penhor da propriedade, do antigo Direito Germânico, e do *trust* do Direito anglo-saxão, ao acabar de ser editada lei que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, que contou com a influente colaboração do autor, como forma de, à semelhança do que já vem sucedendo na Europa, se tenha garantia mais eficaz."

Professor Luiz Roldão de Freitas Gomes



Atende pela Internet
www.editorarenovar.com.br
renovar@editorarenovar.com.br