



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC/SP
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL**

MONOGRAFIA

**“Alienação fiduciária de coisa móvel:
consequências frente à inadimplência do devedor”.**

**Coordenador: Prof. Dr. Nelson Nery Júnior
Orientadora: Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim**

Cristiane da Silva Freitas Corrêa

09/10/2012

SUMÁRIO

1. Evolução histórica da alienação fiduciária.....	4
1.1. Fidúcia no direito romano, alemão e inglês.....	4
a) romano.....	4
b) alemão.....	5
c) inglês.....	5
1.2. Os negócios fiduciários no direito moderno.....	6
1.3. A propriedade fiduciária.....	8
2. A alienação fiduciária de coisa móvel.....	12
2.1. Decreto-Lei nº 911/69 e outras alterações.....	13
2.2. Código Civil de 2002.....	16
2.3. Direitos e deveres do fiduciante.....	19
2.4. Direitos e deveres do fiduciário.....	20
2.5. Extinção da propriedade fiduciária.....	21
3. Inadimplemento.....	23
3.1. Inadimplemento relativo.....	23
3.1.1. Mora.....	24
3.1.1.1. Mora do devedor.....	24
3.1.1.2. Mora do credor.....	26
3.1.2. Purgação da mora.....	27
3.1.3. A cessação da mora.....	31
3.2. Inadimplemento absoluto.....	32
4. Consequências do inadimplemento do devedor na alienação fiduciária de coisa móvel.....	33
4.1. Ações decorrentes do inadimplemento.....	36
4.1.1. Venda extrajudicial do bem.....	36
4.1.2. Ação de busca e apreensão.....	38
4.1.3. Ação de depósito.....	42
4.1.4. Ação possessória.....	45

4.1.5. Ação de execução.....	45
4.1.6. Cobrança do saldo residual.....	46
4.2. A falência do fiduciante.....	48
Conclusão.....	50
Bibliografia.....	53

1. Evolução histórica da alienação fiduciária

1.1. Fidúcia no direito romano, alemão e inglês

A palavra fidúcia tem sua origem do latim *fiducia*, de confiar, da própria confiança ou fidelidade, significando o pontual e exato cumprimento de uma obrigação.

Segundo a Professora Maria Helena Diniz (2006, p. 61) “o negócio fiduciário recebeu sua estruturação em três sistemas jurídicos: o romano, o alemão e o inglês.”

a) Romano

Os romanistas entendem que a fidúcia foi a primeira garantia real conhecida pelos romanos. O negócio fiduciário era conhecido sob as figuras da *fiducia cum amico*, que era um contrato de confiança e não de garantia, e da *fiducia cum creditore*, esta por sua vez, continha caráter assecuratório ou de garantia.

Na *fiducia cum amico* o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de que estes bens lhe fossem restituídos quando cessassem as condições aleatórias.

Na *fiducia cum creditore* o devedor vendia seus bens ao credor, com a condição de recuperá-los se, dentro de certo prazo, não houvesse o pagamento do débito.

Em ambas as espécies havia a transferência do bem, com a obrigação de restituição ao alienante, sendo que tais institutos tiveram grande aplicação na era clássica.

Arnaldo Rizzardo (2009, p. 1309), embora concorde que a origem da fidúcia venha do direito romano, entende que a mesma tem sua origem na Lei das Doze Tábuas, uma vez que a sexta tábua estabelecia que se alguém empenha a sua coisa na presença de testemunhas, firma uma convenção com força de lei.

Já para Carlo Longo (1933, p. 5), “a fidúcia era o negócio jurídico pelo qual uma das partes recebia da outra uma coisa, assumindo a obrigação de usá-la para determinado fim, e de regra, restituí-la, esgotado aquele fim.”

b) Alemão

A fidúcia no direito germânico, embora extraída do direito romano, com ele não se identifica em sua totalidade. (CANUTO, 2003, p. 88)

No direito alemão a fidúcia era o ato pelo qual o fiduciário recebia a titularidade de um direito do fiduciante, que alienava esse direito sem causa que justificasse a aquisição pelo adquirente, que, por este motivo, tinha a obrigação de restituí-lo em certos casos.

Segundo José Carlos Moreira Alves (1973, p. 22), o civilista alemão Ferdinand Regelsberger foi quem primeiro chamou a atenção para a figura do negócio fiduciário (*fiduziarische Geschäft*), em 1880, baseado na fidúcia romana. Regelsberger entendia que nos negócios fiduciários apresentavam-se dois contratos: um real e positivo, através do qual se operava a transferência do direito de propriedade ou de crédito; e outro negativo, pelo qual o fiduciário teria o ônus de restituir ao fiduciante, ou de transferir a terceiro, o direito que recebeu em confiança.

Ao lado dessa concepção dualista há também a concepção monista, que via no negócio fiduciário um único contrato, que era a transferência de propriedade sob condição resolutiva, como garantia da realização do negócio.

c) Inglês

No direito inglês o negócio fiduciário possuía características próprias, que fizeram surgir duas figuras: o *trust receipt* e o *chattel mortgage*. (FERRARA JUNIOR, 1932, p. 344)

O *trust receipt* ou simplesmente *trust*, requer a presença de um vendedor, de um comprador e de um financiador, trata-se de um financiamento para compra de mercadorias, onde há a transferência da propriedade do bem ao financiador e sua entrega ao comprador.

Philip Henry Pettit (2003, p. 22) conceitua o *trust* como o negócio jurídico pelo qual uma pessoa, chamada de *trustee*, compromete-se a administrar bens sobre os quais não tem controle, seja em benefício de seu proprietário ou de outras pessoas, chamadas de beneficiárias, estando todas elas investidas da legitimidade para exigir o implemento da obrigação.

Para Melhim Namem Chalhub (2009, p. 63) o instituto do *trust* passa a configurar-se na Inglaterra, a partir da idade média, através da entrega de certos bens a uma pessoa, para que deles fizesse uso conforme determinado encargo que lhe tenha sido cometido, repousando esse conceito na confiança depositada naquele que recebe os bens.

Trust significa confiança, mas esta não emana da lei ou do direito, e sim da probidade e da consciência do *trustee*, de modo que a restituição do bem implicava apenas em dever de consciência do *trustee*.

O *chattel mortgage* ou simplesmente *mortgage*, também chamado de hipoteca mobiliária, consistia na entrega da propriedade de coisa móvel ao credor, conservando o devedor a posse, sob a condição resolutiva de pagamento.

O *mortgage* era um negócio jurídico que tinha como antecedente um vínculo obrigacional entre fiduciante e fiduciário, no qual o fiduciante tinha a qualidade de devedor da prestação, e o fiduciário, a qualidade de credor, existindo uma obrigação que se pretendia garantir. No *mortgage* o direito do fiduciário resolvia-se automaticamente com o pagamento da dívida no prazo contratado.

No direito brasileiro há certo vestígio do *mortgage* na compra e venda sob condição resolutiva.

1.2. Os negócios fiduciários no direito moderno

A alienação fiduciária em garantia é um negócio típico do Brasil, com a finalidade de garantir operações de crédito. (DINIZ, 2006, p. 63)

A partir de 1930 surgiu no Brasil um processo de crescente industrialização, caracterizado não só pelo desenvolvimento da indústria, mas também pela redistribuição da renda nacional e pelo crescimento do mercado interno.

Na década de sessenta o mercado interno entrou em recessão, levando o parque industrial a apresentar uma capacidade ociosa cada vez maior. Isso fez com que o governo brasileiro apresentasse um plano de ação econômico destinado a acelerar o desenvolvimento, conter a inflação e promover reformas sociais. Para fomentar empresas privadas seria necessária a criação de uma nova estrutura econômico-jurídica, surgindo, então, o mercado de capitais.

Era necessário, naquele momento, garantir ao credor o cumprimento das obrigações que surgiriam, posto que no mercado consumidor, eram poucos aqueles que tinham condições financeiras para adquirir um bem de maior valor à vista, naquele contexto econômico era necessário que a indústria produzisse, o comércio vendesse e o público comprasse com o financiamento que, sem risco por inadimplência, lhe seria concedido pela financeira coisa¹.

Não resta dúvida que este o instituto da alienação fiduciária facilitou as relações comerciais, possibilitando, paralelamente ao crédito concedido ao devedor, as garantias conferidas ao credor quanto à quitação de seu crédito.

O mercado de capitais era constituído por um conjunto de operações e instituições destinadas a angariar recursos e transferi-los aos setores de produção, indústria e comércio. Com o intuito de institucionalizar tal mercado, foi promulgada a Lei nº 4.728/65, que teve por objetivo tornar mais vantajosas as operações de crédito e de financiar a aquisição de certos bens de consumo.

A Lei nº 4.728/65 que disciplinou o mercado de capitais e estabeleceu medidas para o seu desenvolvimento, foi modificada pelo Decreto-Lei nº 911/69 e posteriormente pela Lei nº 10.931/2004. Já a Lei nº 9.514/97, em seus artigos 22 a 33, introduziu a alienação fiduciária de coisa imóvel, voltando sua atenção à *fiducia cum creditore*.

¹ SOBREIRA, Eneisa Miranda Bittencourt. Alienação Fiduciária em Garantia De Bem Móvel: A Prisão Civil do Devedor e a Mudança de Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito da UNIGRANRIO. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/966/590>. Acesso em: 23 ago 2012.

Arnaldo Rizzardo (2009, p. 1310) conceitua o negócio fiduciário como aquele que envolve o mesmo significado da fidúcia, ou seja, constitui a fidúcia a confiança empregada em uma relação negocial, e pode apresentar a seguinte definição: vem a ser o contrato ou o negócio em que se transmite uma coisa ou um direito a outrem, para determinado fim, assumindo, o adquirente, a obrigação de usar da coisa ou do direito segundo aquele escopo e, uma vez satisfeito o mesmo, de devolvê-lo ao transmitente.

Sebastião José Roque (2010, p. 15) entende que a noção mais precisa da alienação fiduciária é a contida anteriormente no Decreto-Lei nº 911/69, ou seja, a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Para Maria Helena Diniz (2006, p. 65) a fidúcia é uma modalidade contratual própria dos países de *commom law*, ou seja, que se baseiam mais na jurisprudência do que no texto da lei; e que não é regulada pelo nosso direito, uma vez que o Código Civil omitiu esta modalidade, tratando apenas da propriedade fiduciária nos artigos 1.361 a 1.368 e no artigo 1.368-A, acrescentado pela Lei nº 10.931/2004.

Segundo a citada doutrinadora, o negócio fiduciário é:

o ato pelo qual se realiza a transmissão de uma coisa ou de um direito ao fiduciário para garantir ou resguardar certos direitos, estabelecendo-se a obrigação do adquirente efetuar sua devolução ao alienante, uma vez atendido aquele fim.

1.3. A propriedade fiduciária

O contrato de alienação fiduciária em garantia traz algumas características marcantes, podemos dizer ser o único no gênero, sem semelhança com outro, por apresentar uma obrigação pessoal (de quitar a dívida) e uma obrigação de efeito real (transferência da propriedade).

A propriedade fiduciária é um direito real de garantia, utilizado com a finalidade de garantia do cumprimento de uma obrigação, é um tipo de propriedade resolúvel. Não é uma propriedade plena e nem absoluta, é um tipo de propriedade precária onde o proprietário tem a propriedade, mas não a posse. O proprietário também não possui direitos plenos e absolutos.

O fiduciário tem apenas a propriedade resolúvel do bem, o que equivale a dizer que a propriedade desse bem foi conseguida através de um contrato com cláusula resolutória. Assim, no momento em que fiduciante pagar todo o seu débito, resolve-se a propriedade, e esta passa para o fiduciante. (ROQUE, 2010, p. 37)

Para Alberto Trabucchi (1968, p. 196) os contratos de natureza real outorgam obrigações para apenas uma das partes, mas, veremos mais adiante, que a alienação fiduciária apresenta direitos e obrigações para o fiduciante e também para o fiduciário.

Conforme verificamos no item anterior, o Código Civil de 2002 regulamentou a propriedade fiduciária em seus artigos 1.361 a 1.368.

A alienação fiduciária em garantia de bens móveis, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 4.728/65, modificada pelo Decreto-Lei nº 911/69 e pela Lei nº 10.931/2004, tem sido largamente utilizada como instrumento de garantia de financiamentos bancários, principalmente para o financiamento de automóveis.

A alienação fiduciária de bens móveis foi tipificada no artigo 66 da Lei nº 4.728/65, modificada pelo Decreto-Lei nº 911/69, como um contrato que constitui um direito real de garantia. (TRABUCCHI, 1968, p. 197)

As características básicas do instituto da alienação fiduciária, estabelecidas pelo artigo 66 da já mencionada lei, são idênticas às da propriedade fiduciária. Trata-se, em ambos os casos, da transferência da propriedade resolúvel de bens móveis pelo devedor ao credor, como garantia de obrigações assumidas por aquele junto a este.

Nos termos do artigo 1.361 do Código Civil, a propriedade fiduciária é a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

Com a instituição da propriedade fiduciária ocorre o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa, enquanto o credor permanece com a posse indireta da coisa².

Desse modo, as expressões propriedade fiduciária e alienação fiduciária se confundem, podendo ser utilizadas indistintamente para designar o mesmo instituto jurídico.

Embora muito utilizada nos financiamentos de bens de consumo, a alienação fiduciária também se configura como um importante instrumento de garantia em outras operações de financiamento, mas sua utilização em financiamentos em que o credor não era uma instituição financeira nacional sofreu questionamentos nos tribunais.

Inicialmente a jurisprudência do STF firmou entendimento no sentido de que somente as instituições financeiras poderiam utilizar-se do instituto da alienação fiduciária em garantia

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 111.219-1
RIO DE JANEIRO, 2º TURMA, 10/12/87.
RECORRENTE: KENTUCKY – CONFECÇÕES LTDA
RECORRIDA: COMPANHIA SAYONARA DE ROUPAS.
EMENTA: Alienação Fiduciária em Garantia. Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido de que somente as instituições financeiras e os consórcios autorizados de automóveis é que podem utilizar-se do instituto da alienação fiduciária em garantia. Admite a doutrina que as entidades estatais ou para-estatais são igualmente legitimadas para receber tal tipo de garantia, como resulta do art. 5º do Decreto Lei nº 911/69.
Recurso Reconhecido e provido.

Hoje já não mais se discute o assunto, prevalecendo o entendimento de que, de acordo com o Código Civil vigente, qualquer credor pode valer-se do contrato de alienação fiduciária.

Na regulamentação dada pelo novo Código Civil, a propriedade fiduciária pode ser livremente utilizada em quaisquer financiamentos, independentemente do credor ser instituição financeira ou não, brasileiro ou estrangeiro, tendo em vista que o Código Civil tem aplicação geral e não traz qualquer tipo de diferenciação ou de restrição.

² FREIRE, Ana Carolina de Salles; GIANETI, Mateus Donato. A propriedade fiduciária e o novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 269, 2 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5032>>. Acesso em: 22 ago 2012.

Essa regulamentação oferece assim, uma modalidade de garantia vantajosa e interessante, cuja utilização não é limitada apenas às instituições financeiras nacionais, podendo ser utilizada em quaisquer operações financeiras, inclusive em operações com credores estrangeiros.

Cumprido ressaltar que a alienação fiduciária em garantia somente pode ser constituída através de instrumento escrito, público ou particular, e qualquer que seja seu valor, deverá ser registrado no Cartório de Títulos e documentos do credor, segundo dispõe o parágrafo primeiro do artigo 66 da Lei nº 4.728/65, modificada pelo Decreto-Lei nº 911/69. O parágrafo primeiro do artigo 1.361 do Código Civil, por sua vez, refere-se ao domicílio do credor e acrescenta que, em se tratando de veículos deve ser feito o registro do contrato na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. (CANUTO, 2003, p. 124)

2. A alienação fiduciária de coisa móvel

Conforme verificamos no item 1.2 deste trabalho, a alienação fiduciária em garantia foi introduzida no Brasil na década de sessenta, período que efervesceram diversas mudanças econômico-financeiras, das quais resultaram mecanismos de captação de recursos destinados ao desenvolvimento da indústria e do comércio (CANUTO, 2003, p. 97)

Através da Lei nº 4.728/65 que disciplinou o mercado de capitais e estabeleceu medidas para o seu desenvolvimento, foi criado o instituto da alienação fiduciária de coisa móvel. Inicialmente a Seção XIV da mencionada lei, tratava da Alienação Fiduciária em Garantia em seu artigo 66, *caput*³.

Verifica-se com isso que, de início, a lei tratava somente da alienação fiduciária de bem móvel, sendo que, os parágrafos do artigo 66 traziam as informações sobre o que deveria estar contido no instrumento de alienação, bem como o procedimento a ser utilizado em caso de inadimplemento, e a aplicação subsidiária dos artigos 758, 762, 763 e 802 do Código Civil de 1916.

Na época, as garantias eram restritas ao penhor e à reserva de domínio, mas estas já não mais atendiam as necessidades de garantia.

O entendimento inicial dado pela Lei nº 4.728/65 era de que a alienação fiduciária em garantia tinha como objeto bem móvel, material ou corpóreo, particular, singular, infungível, durável e inconsumível, indivisível e alienável, com a intenção de atender as exigências do mercado financeiro, dotando a indústria e o comércio de instrumento jurídico capaz de facilitar o acesso de interessados aos bens produzidos, como por exemplo, aparelhos eletrônicos, eletrodomésticos em geral, caminhões e automóveis, entre outros.

Para Emanuele Gianturco (1909, p. 246) são bens móveis os bens animados e inanimados que por sua natureza permitem que sejam transportador de determinados locais para outros, sem prejuízo da sua substância ou forma.

³ 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.

Inicialmente, os caminhões foram a grande estrela dos contratos de alienação fiduciária em garantia. Precisava-se cada vez mais de caminhões para fazer percorrer por todas as regiões brasileiras o que se produzia⁴.

A partir da edição da Lei nº 4.728/65 houve um incremento no consumo, em decorrência da política de difusão de crédito, facilitado pelo instituto da alienação fiduciária.

2.1. Decreto-Lei nº 911/69 e outras alterações

No início, o teor do artigo 66 da Lei nº 4.728/65, visto no item anterior, trouxe várias dúvidas quanto ao remédio processual a ser utilizado pelo credor em caso de inadimplemento do devedor.

A expressão contida no parágrafo 2º do mencionado artigo “continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário”, ensejou dúvidas sobre qual meio judicial seria hábil para se reaver o bem. Muitos se manifestaram a favor da reintegração de posse, outros tantos pela imissão de posse, outros ainda, pela ação de depósito, uma vez que o devedor possuía a coisa em nome do adquirente com as responsabilidades de depositário, e outros, pela ação de busca e apreensão. (CANUTO, 2003, p. 104)

Com a modificação trazida pelo Decreto-Lei nº 911/69 o artigo 66 foi alterado conforme texto abaixo:

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

⁴ SOBREIRA, Eneisa Miranda Bittencourt. Alienação Fiduciária em Garantia De Bem Móvel: A Prisão Civil do Devedor e a Mudança de Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito da UNIGRANRIO. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/966/590>. Acesso em: 23 ago 2012.

O novo *caput* do artigo 66 trouxe a explicação de que a alienação fiduciária transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta, independente da tradição, ficando o devedor como possuir direto e depositário do bem, com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem.

Em seus parágrafos foram mantidas as informações sobre o que deveria estar contido no instrumento de alienação, bem como o procedimento a ser utilizado em caso de inadimplemento e a aplicação subsidiária dos artigos 758, 762, 763 e 802 do Código Civil de 1916, além de ser acrescentada a obrigação de a alienação fiduciária em garantia do veículo automotor constar do certificado de Registro a que se refere o artigo 52 do Código Nacional de Trânsito.

O artigo 2º do Decreto-Lei nº 911/69, por sua vez, trouxe a previsão de que, 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, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

Com a alteração trazida pelo Decreto-Lei nº 911/69 acabaram as dúvidas quanto ao remédio processual adequado, uma vez que seu artigo 3º trouxe a disposição de que o Proprietário Fiduciário ou credor pode 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. A partir desta alteração a alienação fiduciária tornou-se um dos institutos mais utilizados para a constituição de garantia para o consumidor.

Assim, essas alterações trazidas pelo Decreto-Lei nº 911/69 consagraram o desdobramento da posse e melhoraram significativamente o instituto da garantia fiduciária, ampliando a sua aplicação e conferindo maior segurança ao credor. (CANUTO, 2003, p. 107)

Em 1973 surge o Código de Processo Civil, lei básica do direito processual, regulando três ações especiais na defesa da alienação fiduciária: a ação de busca e apreensão, a ação de depósito e a ação de execução. (ROQUE, 2010, p. 23)

Posteriormente, a Medida Provisória nº 2.160-25 de 23 de agosto de 2001, acrescentou o artigo 66-A à Lei nº 4.728/65, para instituir a alienação fiduciária em garantia de coisa fungível ou de direito, mas esta Medida Provisória foi revogada pela Lei nº 10.931/2004.

A Lei nº 10.931/2004, de 02 de agosto de 2004, dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.

Esta Lei alterou o Decreto-Lei nº 911/69 e a Lei nº 4.728/65, passando a Seção XIV da Lei nº 4.728/65 a tratar da Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais, através do artigo 66-B, com a seguinte redação:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 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.

A Lei nº 9.514/97, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências, por sua vez, em seus artigos 22 a 33, introduziu a alienação fiduciária de imóvel, nada tratando a respeito da alienação fiduciária de bem móvel.

2.2. Código Civil de 2002

Com as alterações ocorridas na Lei nº 4.728/65, conforme verificamos no item anterior, o texto atual do artigo 66-B não trata mais especificamente da alienação fiduciária de bem móvel, mas sim da alienação fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais.

O parágrafo 3º do artigo 66-B admite a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que 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.

Cumprir lembrar que o artigo 1.365 do Código Civil, estabelece que “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”. É o chamado pacto comissório. Neste caso, embora o fiduciário mantenha a propriedade do bem, a lei não permite a cláusula comissória, ou seja, que ele fique com o bem, sendo necessário que o fiduciário consolide a propriedade em nome próprio, e então providencie a venda do bem.

Os bens fungíveis, especialmente aqueles depositados em estoque, tem a finalidade de serem comercializados, o que torna inviável a sua conservação durante todo o prazo do adimplemento da dívida. Na verdade, submetê-los a essa espécie de restrição, significa impedir que a empresa desenvolva as finalidades para as quais estes bens se destinam. (RIZZARDO, 2009, p. 1309)

O parágrafo 5º do artigo 66-B traz a aplicação subsidiária dos artigos 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 do Código Civil de 2002, lembrando que tais artigos encontram-se localizados no Título X, que trata do penhor, da hipoteca e da anticrese.

O Negócio Fiduciário foi recepcionado por nossa legislação sob a denominação de Propriedade Fiduciária, com a característica de título aquisitivo hábil para constituir mais um direito real de garantia, acrescido aos já existentes.

O Código Civil utiliza-se, em linhas gerais, das mesmas regras estabelecidas na Lei nº 4.728/65 e dessa forma passa a regular a maioria das disposições de direito material, trazendo nos seus artigos 1.361 a 1.368-A, a questão da Propriedade Fiduciária.

A primeira discussão formou-se no sentido de saber se com a nova regulamentação pelo Código Civil, estariam revogadas as regras de direito material estabelecidas na Lei nº 4.728/65.

Essa discussão perdeu sua serventia com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004 ao artigo 66-B. No novo texto, observa-se que este artigo se reporta a propriedade fiduciária de bens fungíveis, enquanto o Código Civil se reporta exclusivamente a propriedade fiduciária sobre bens infungíveis.

Deste modo, verificamos que atual Código Civil, em vigor desde 2002, trata da alienação de coisa móvel infungível, enquanto o artigo 66-B da Lei nº 4.728/65 trata da alienação fiduciária de coisa fungível.

Lembramos que fungíveis são os bens que podem ser substituídos por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade, como o dinheiro, a matéria prima ou estoque de uma loja. Já os infungíveis não podem ser substituídos, porque suas qualidades individuais são levadas em consideração. (CHALHUB, 2009, p. 165)

Para Eros Roberto Grau (1987, p. 168), a identificação do bem objeto da alienação fiduciária é elemento essencial de sua formalização ou constituição, cuja ausência torna inexistente o próprio negócio jurídico.

O negócio fiduciário do atual Código Civil tem como peculiaridade ser a única modalidade constitutiva de título de garantia real sobre coisa própria, o credor tem uma garantia real sobre um bem que é dele mesmo, embora essa propriedade seja limitada a condição resolutiva, diferenciando-se do penhor, da hipoteca e da anticrese, porque nestes o titular da garantia tem um direito real sobre coisa alheia, mas assemelha-se as demais garantias de direito real, visto ter o credor proprietário a obrigação de alienar o bem dado em garantia⁵.

Assim, podemos verificar que existe uma correlação de artigos do Código Civil com o Decreto-Lei nº 911/69.

O artigo 1.361 do Código Civil contém as disposições do artigo 1º do Decreto-Lei nº 911/69. O artigo 1.362 do Código Civil incorporou o parágrafo 1º e incisos do artigo 1º do Decreto-Lei nº 911/69. O artigo 1.364 do Código Civil corresponde ao artigo 2º do Decreto-Lei nº 911/69.

Já os artigos 1.365 e 1.366 contém, respectivamente, as disposições dos parágrafos 6º e 5º do artigo 2º do Decreto-Lei nº 911/69. E o artigo 1.368 equivale ao artigo 6º do Decreto-Lei nº 911/69. (CANUTO, 2003, p. 111)

Conclui-se que a parte de direito material do Decreto-Lei nº 911/69 está abrangida e em paridade com a matéria quase que totalmente incorporada no Capítulo da Propriedade Fiduciária do Código Civil, de modo que não há que se falar em revogação de toda a legislação anterior, mas apenas do que for incompatível com o Código Civil de 2002.

O Código Civil é lei geral e o Decreto-Lei nº 911/69 é lei especial. O Código civil de 2002 utilizou-se da revogação direta ou expressa com relação ao Código civil de 1916 e também em relação à primeira parte do Código Comercial, e da revogação indireta ou tácita no que se refere à legislação civil e mercantil não revogada diretamente, mas que se tornou incompatível com a nova lei.

Deste modo, pode-se dizer que as matérias de natureza processual, administrativa e penal, que não foram incorporadas pelo Código Civil, continuam em vigor residual nas leis especiais de origem, desde que compatíveis e até que venham a ser disciplinadas de outro modo.

⁵ SOBREIRA, Eneisa Miranda Bittencourt. Alienação Fiduciária em Garantia De Bem Móvel: A Prisão Civil do Devedor e a Mudança de Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito da UNIGRANRIO. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/966/590>. Acesso em: 23 ago 2012.

As normas particularizadas continuam em vigor, incidindo o Código Civil naquilo que elas não regulamentaram. (RIZZARDO, 2009, p. 1313)

É o que se depreende do artigo 1.368-A do Código Civil, acrescentado pela Lei nº10.931/2004⁶.

Como o Código Civil não contém a disciplina geral da alienação fiduciária, esta continua regida pelas normas especiais.

2.3. Direitos e deveres do fiduciante

Segundo Maria Helena Diniz (2006, p. 77), o fiduciante tem os seguintes direitos, a seguir elencados:

- a) Ficar com a posse direta da coisa alienada, usando, gozando e fruindo dela como se fosse sua, sabendo sempre que a propriedade pertence ao credor, e que não poderá danificá-la ou destruí-la. Cabe ao fiduciante o livre exercício do uso do bem e fruir dos benefícios dele. (ROQUE, 2010, p. 61)
- b) Receber a restituição simbólica do bem dado em garantia assim que paga a sua dívida.
- c) Reivindicar a coisa, uma vez pago o débito. O fiduciante tem o direito de obter para si a propriedade plena do bem, assim que adimplir com suas obrigações.
- d) Receber do fiduciário eventual saldo apurado com a venda da coisa a terceiros.
- e) Intentar ação de consignação se o credor recusar-se a receber o pagamento.
- f) Purgar a mora.
- g) Transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel a terceiros, com a anuência do fiduciário.
- h) Tornar eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade superveniente.

⁶ 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.

- i) Quando resolver saldar a dívida antecipadamente, abater os juros do valor pago de forma antecipada.
- j) Durante o período em que estiver na posse do bem, ficar com os frutos decorrentes de seu uso.

O fiduciante tem os seguintes deveres:

- a) Respeitar a alienação fiduciária, pagando a dívida pontualmente, de acordo com o combinado. A obrigação prioritária do fiduciante é pagar a dívida e seus acessórios. (ROQUE, 2010, p. 63)
- b) Manter e conservar a coisa dada em garantia, como se fosse sua e restituí-la, ao fiduciário no caso de inadimplemento.
- c) Permitir que o credor fiscalize o estado da coisa.
- d) Não dar e não alienar a coisa em garantia a terceiros.
- e) Entregar o bem, no caso de inadimplemento, sujeitando-se às penas impostas ao depositário infiel.
- f) Continuar obrigado, pessoalmente, pelo remanescente da dívida.

2.4. Direitos e deveres do fiduciário

Para Maria Helena Diniz (2006, p. 81), o fiduciário tem os seguintes direitos, a seguir elencados:

- a) Ser proprietário *pro tempore* da coisa gravada que lhe é transferida apenas com a posse indireta do bem dado em garantia. Com o desdobramento da posse, o fiduciário fica com a posse indireta. (ROQUE, 2010, p. 68)
- b) Reivindicar o bem alienado, contra terceiro ou contra o fiduciante que injustamente a detenha.
- c) Poder vender o bem a terceiros, no caso de inadimplemento da obrigação, independentemente de qualquer medida judicial ou extrajudicial, salvo se disposição diferente for expressa no contrato.
- d) Continuar como credor do fiduciante se o preço da venda não for suficiente para satisfazer o crédito e receber o crédito.

- e) Requerer busca e apreensão do bem, desde que comprovado o inadimplemento do devedor, convertendo-a em ação de depósito se o bem não for encontrado.
- f) Considerar vencidas todas as obrigações contratuais, independente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.
- g) Oferecer embargos de terceiro se o bem for penhorado por qualquer credor.
- h) Pedir a devolução da coisa alienada se houver a falência do fiduciante.
- i) Propor execução.

O fiduciário tem os seguintes deveres:

- a) Dar quitação final. O fiduciário tem obrigação de dar quitação final da dívida, liberando a garantia. (ROQUE, 2010, p. 70)
- b) Proporcionar ao fiduciante o financiamento, empréstimo ou entrega da coisa a que se obrigou.
- c) Respeitar o uso regular da coisa pelo devedor, não importunando, nem se apropriando dela, enquanto não ocorrer o inadimplemento ou se houver notícia de que o devedor está destruindo a coisa.
- d) Restituir o domínio do bem assim que o fiduciante pagar integralmente seu crédito.
- e) Empregar juros e despesas de cobrança se inadimplente o fiduciante.
- f) Repassar ao devedor o que exceder da importância apurada com a venda do bem, após quitada sua dívida.
- g) Ressarcir perdas e danos decorrentes da recusa de recebimento do pagamento da dívida.

2.5. Extinção da propriedade fiduciária

Nos termos do artigo 1.367 do Código Civil, aplica-se a propriedade fiduciária, no que couber, o disposto nos artigos 1.421, 1.425, 1.426, 1.427 e 1.436.

Deste modo, com base no artigo 1.436 do Código Civil, a propriedade fiduciária é extinta: (DINIZ, 2006, p. 86)

- I) com a extinção da obrigação principal, uma vez que a propriedade fiduciária é um direito acessório;
- II) se a coisa alienada fiduciariamente perecer, perdendo suas qualidades essenciais ou o valor econômico;
- III) se houver renúncia do credor;
- IV) se vierem a confundir-se na mesma pessoa, credor e devedor; e
- V) com a adjudicação judicial, a remição ou venda da coisa, pois nestes casos a propriedade fiduciária desaparece.

Nos termos do inciso I do artigo 1.436 do Código Civil, com o pagamento da dívida deve ocorrer a quitação e a conseqüente extinção da alienação, uma vez que não mais existe a necessidade de garantia, já que o débito foi quitado. (ROQUE, 2010, p. 93)

Se a coisa perecer, ou seja, deixar de existir, também não estará apta a qualquer tipo de garantia, de forma que a alienação se extingue, conforme inciso II do artigo 1.436 do Código Civil.

Conforme o disposto no inciso III do artigo 1.436 do Código Civil, no caso de o credor renunciar à dívida, o equivale a dizer que o credor a perdoou, fica extinta a obrigação, já que extinta a dívida.

Confundindo-se credor e devedor a alienação também é extinta, vez que não faz sentido cobrar dívida ou prestar garantia a si próprio, nos termos do inciso IV do artigo 1.436 do Código Civil.

Por fim, estabelece o inciso V do artigo 1.436 do Código Civil, que a extinção pode se dar pela adjudicação judicial, quando o credor torna-se dono da coisa; pela remição, que tem o sentido de perdão ou liberação do credor ao devedor, confundindo-se com o inciso III que trata da renúncia; e pela venda da coisa para novo proprietário.

3. Inadimplemento

Podemos conceituar inadimplemento como a falta de cumprimento de um contrato ou de qualquer das condições nele estabelecidas, como por exemplo, mas não a ela se limitando, a falta de pagamento. É o que chamamos de inadimplência.

O inadimplemento está contido no artigo 389 do Código Civil⁷.

As obrigações, em regra, são criadas para serem pontualmente cumpridas, mas o inadimplemento das obrigações, que, conforme verificamos no artigo 389 do Código Civil, é o descumprimento da obrigação, traz consequências.

Existem duas espécies de inadimplemento, o involuntário, que engloba as hipóteses de caso fortuito e de força maior, e o voluntário que engloba a culpa em sentido amplo.

Neste trabalho, analisaremos o inadimplemento voluntário, que, como veremos a seguir, pode ser absoluto ou relativo.

Como veremos a seguir, no inadimplemento relativo existe a possibilidade de cumprimento da obrigação, embora tardiamente, já no inadimplemento absoluto ocorre a impossibilidade de cumprimento da obrigação acordada, em momento posterior ao convencionado.

3.1. Inadimplemento relativo

O inadimplemento relativo, também chamado de parcial, ocorre quando apenas parte da obrigação deixou de ser prestada, ou ainda, se o devedor não cumpriu oportunamente sua obrigação, havendo a possibilidade de que venha a fazê-lo, o que constitui a chamada mora. (ALVIM, 1949, p. 32)

Nota-se que a culpa do devedor pode ensejar a mora ou o inadimplemento. Enquanto o inadimplemento absoluto encontra-se caracterizado diante da total falta de pagamento, a mora é mero atraso no pagamento, que pode ser pago a qualquer momento, até a execução.

⁷ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

3.1.1. Mora

Pode-se dizer que a mora é o atraso no pagamento ou no recebimento, tanto por culpa do devedor (*mora solvendi*) como por culpa do credor (*mora accipiendi*), mas se ambos tiverem culpa não haverá mora, pois as moras recíprocas se anulam.

Para Sebastião José Roque (2010, p. 201) o termo “mora” está ligado à demora, conceituando mora como o “atraso, o retardamento no cumprimento de obrigação no momento em que deveria ser cumprida. Representa a violação de um dever previamente estabelecido entre duas partes, ocasionando prejuízo a uma delas.”

Na alienação fiduciária, ambas as partes, fiduciante e fiduciário, assumem obrigações a serem cumpridas no seu termo, o que equivale a dizer que elas devem ser cumpridas em determinado dia e determinado lugar.

A mora é a impontualidade culposa do devedor no pagamento ou do credor no recebimento, segundo o disposto no artigo 394 do Código Civil, deste modo, verificamos que a mora pode ser tanto do devedor quanto do credor.

3.1.1.1. Mora do devedor

Quando a mora for por parte do devedor, pode ser considerada como o retardamento culposo no cumprimento da obrigação.

A mora do devedor, também conhecida como *mora debitoris* e *mora solvendi* (mora do pagamento) é o tipo de mora mais comum diante da instabilidade financeira tanto pessoal quanto coletiva. Neste tipo de mora o fiduciante deixa de pagar as prestações a que se obrigou.

Esta mora, normalmente chamada de *mora solvendi*, pode ser equiparada ao inadimplemento, e dependerá da culpa do devedor, podendo o credor, então, exigir o pagamento das perdas e danos, nos termos do artigo 389 do Código Civil.

Os pressupostos da mora do devedor são os seguintes: (VENOSA, 2003, 240)

- (i) crédito vencido - uma vez que não há mora sem dívida vencida. Para que ocorra a mora, o devedor deve possuir um débito referente a um crédito já vencido;
- (ii) culpa do devedor - esta é a culpa *lato sensu*, trata-se daquela que corresponde ao dolo e a culpa *stricto sensu*, a qual se divide em imprudência e negligência; logo, se não há qualquer culpa, mas caso fortuito ou de força maior, não existe mora do devedor segundo o quanto disposto nos artigos 393 e 396 do Código Civil; e
- (iii) possibilidade de cumprimento tardio da obrigação com utilidade para o credor - a possibilidade de cumprimento tardio, existente na mora do devedor, se deve ao fato de que, se tal possibilidade não existisse, estaríamos diante de um inadimplemento absoluto, e não de uma situação caracterizada pela mora, tal como se verifica do parágrafo único, do artigo 395 do Código Civil.

Se presentes os pressupostos anteriormente mencionados estará caracterizada a mora do devedor, gerando assim alguns efeitos. Dentre os efeitos, podemos afirmar que os mais importantes são:

- (i) o devedor responderá pelos prejuízos causados, pagando uma indenização, juntamente com o pagamento de multa, juros, entre outros encargos ocasionados pela mora, tal como dispõe o *caput* do artigo 395 do Código Civil;
- (ii) o devedor responderá pelo caso fortuito ou de força maior ocorridos durante o atraso, tal como se verifica no artigo 399 do Código Civil.

Não pairam dúvidas quanto à mora, uma vez que tal assunto está regularmente tratado no Título IV do Código Civil, que cuida do inadimplemento das obrigações, sendo que a mora, especificamente, ocupa os artigos 394 a 401.

No tocante à alienação fiduciária, a mora ficou prevista no parágrafo 2º do artigo 2º do Decreto-Lei nº 911/69, conforme segue:

§ 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.

Nota-se que a lei menciona “poderá” e não “deverá”, razão pela qual se entende ser dispensável essa notificação formal. Ademais, como a lei menciona que a mora decorre do simples vencimento do prazo, nos termos do artigo 394 do Código Civil, aplica-se o direito romano: *dies interpellat pro homine*, ou seja, o princípio de que o dia interpela pelo homem. (ROQUE, 2010, p. 202)

O *dies interpellat pro homine* assume o papel da intimação.

Se o vencimento está no contrato assinado pelo devedor, este dia deve ser conhecido e lembrado por ele, devendo ficar anotado na sua agenda e na sua memória.

Todavia, já que o parágrafo 2º, acima citado, menciona que a mora poderá ser comprovada por carta registrada ou pelo protesto do título, a prudência recomenda o envio da carta registrada, ou, se houver no contrato um título de crédito, que o mesmo seja protestado.

3.1.1.2. Mora do credor

Por outro lado, também pode existir a mora do credor, que diferentemente da mora do devedor, independe de culpa, e neste caso, o devedor deve consignar o pagamento.

A mora do credor é mais rara do que a do devedor e como pressuposto para sua configuração existe a necessidade de o credor não poder, não conseguir ou não querer receber a obrigação e/ou o seu cumprimento.

A mora do credor, também conhecida como *mora creditória* e *mora accipiendi* (demora em receber) é a recusa do credor em receber o cumprimento da obrigação do devedor. (ROQUE, 2010, p. 201)

A *mora accipiendi* é mais comum nas relações de inquilinato mas é difícil de ocorrer na alienação fiduciária, uma vez que a própria legislação lhe é desfavorável.

Se houver mora do credor e coisa for vendida ao valor superior da dívida, por exemplo, o excesso deve ser entregue ao fiduciante, de forma que o fiduciário não obterá nenhuma vantagem. Ademais, o processo para recuperação do bem é custoso e demorado, além de exigir a apresentação de ações judiciais.

Por fim, cumpre ressaltar que, na grande maioria das vezes, o bem alienado se encontra com seu valor já depreciado.

Como podemos verificar na jurisprudência a seguir citada, a mora do credor, assim como a do devedor, também deve ser provada.

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NÃO PAGAMENTO DE PARCELAS CONSORCIAIS. ALEGAÇÃO DE MORA DO CREDOR. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA. CONDUTA DO DEVEDOR INCOMPATÍVEL COM OS FATOS ADUZIDOS. **MORA DO CREDOR NÃO COMPROVADA**. ELEMENTOS NOS AUTOS QUE COMPROVAM A MORA DO DEVEDOR. VENCIMENTO DE PARCELAS E NOTIFICAÇÃO PARA PURGAR A MORA. DIREITO DE APREENDER O BEM. EXEGESE DO DECRETO-LEI N. 911/69. SENTENÇA MANTIDA. (TJ/SC, AC 309474 SC 2004.030947-4) (grifo nosso)

É certo que a mora é decorrente do retardamento no cumprimento de uma obrigação, e que tanto o devedor quanto o credor que se apresentarem em mora, respondem pelos efeitos decorrentes desse atraso no cumprimento de suas obrigações. (PEREIRA, 2010, p. 300)

3.1.2. Purgação da mora

A parte que se encontrar em mora, tem o dever de restabelecer o cumprimento de sua obrigação, através do que chamamos de purgação da mora. Contudo, nem sempre é possível tal restabelecimento e conseqüentemente a purgação da mora, principalmente quando o atraso perdurar por um longo período de tempo.

A purgação da mora pode ser entendida como o procedimento através do qual a parte que nela incorreu retira-lhe os efeitos.

O Código Civil prevê as hipóteses de purgação da mora, tanto do devedor quanto do credor, em seu artigo 401⁸.

⁸ Art. 401. Purga-se a mora:

I – por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

II – por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora, até a mesma data.

Alguns doutrinadores, entre eles Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 245) e Agostinho Alvim (1949, p. 140), também utilizam as expressões “emendar a mora” e “reparar a mora”, como sinônimos para purgação da mora, contudo, certamente purgar a mora é o termo mais utilizado.

Quando a purgação da mora não é mais útil ao credor, caracteriza-se o inadimplemento absoluto, e neste caso, o credor poderá exigir a satisfação das perdas e danos.

Como foi anteriormente mencionado, a mora decorre do retardamento no cumprimento de uma obrigação, desta forma, uma questão de suma importância é definir o lapso temporal possível para a purgação da mora, ou seja, até quando a mora pode ser purgada.

A doutrina brasileira admite que a purgação da mora do devedor possa ocorrer até o momento da contestação, se não houver cláusula resolutória expressa. Assim, o credor também poder purgar a mora até a fase de contestação da lide, por correspondência ao entendimento adotado em relação à mora do devedor.

Tal interpretação decorre do fato de que nosso sistema não dispõe de uma regra geral, mas em alguns casos, menciona a possibilidade de purgação da mora de forma expressa, como por exemplo, no artigo 3º, parágrafo 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, que permite ao devedor purgar a mora no prazo de até 05 (cinco) dias após a execução da liminar de busca e apreensão.

Para purgar a mora, o devedor deve se oferecer para cumprir com a obrigação em atraso, acrescida da importância correspondente aos prejuízos decorrentes desse atraso, até o dia da oferta, o que pode abranger juros moratórios e danos possivelmente sofridos pelo credor.

Nota-se que, de acordo com o previsto na legislação brasileira, para que a purgação da mora ocorra, não é necessário seu efetivo cumprimento, mas apenas a ocorrência de oferta. É certo também, que a oferta não deve ser entendida como mera vontade, mas sim como proposta efetiva para o cumprimento da obrigação em atraso, devendo conter os requisitos de tempo, lugar e forma, convencionados na avença.

Na alienação fiduciária, a purgação da mora é uma garantia concedida ao fiduciante inadimplente, mesmo depois que ele já tiver perdido alguns direitos.

Purgar a mora significa pagar. É expressão oriunda do verbo latino *purgare*, de onde veio a *purgatio* (purgação). Purgar a mora é pagar a dívida. (ROQUE, 2010, p. 204)

Como veremos mais adiante, a mora pode provocar contra o fiduciante, a ação de busca e apreensão, concedida liminarmente pela justiça. Cinco dias depois, a propriedade e a posse plena e exclusiva da coisa serão consolidadas no patrimônio do fiduciário. Neste prazo o fiduciante pode purgar a mora e reverter o bem em seu favor.

Nos termos do parágrafo 3º do artigo 2º do Decreto-Lei nº 911/69⁹, a mora pode provocar o vencimento antecipado do débito e até mesmo de todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

O parágrafo 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, cuja redação foi introduzida pela Lei nº 10.931/2004¹⁰, prevê que o devedor pode pagar a integralidade da dívida pendente.

Para Melhim Namem Chalhub (2008, p. 92), o legislador, aparentemente, se descuidou ao formular as disposições relativas à purgação da mora, fazendo-a de maneira incompatível com a natureza do contrato de alienação fiduciária.

O Projeto de Lei que resultou na Lei nº 10.931/2004 era omissivo tanto com relação à purgação da mora quanto em relação à citação do devedor. Assim, quando da tramitação do Projeto, através da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro, foi formulada uma emenda, visando suprir estas omissões e assegurar o direito do devedor. A proposta de emenda foi encaminhada ao Congresso Nacional e apresentada sob o nº 22, mas não foi acolhida.

Em seu lugar foi aprovada outra emenda que, embora prevísse o pagamento da dívida depois do cumprimento da liminar de busca e apreensão, impõe ao devedor o pagamento integral do financiamento, e não apenas das prestações vencidas.

⁹ § 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 todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

¹⁰ § 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).

A exigência de pagamento integral é incompatível com a função do contrato de financiamento para a aquisição de bens duráveis, e com o princípio da conservação do contrato, pois, como sabemos, o desfazimento do contrato deve ser visto sempre como condição excepcional, a ser adotada somente na hipótese de não ser possível a recomposição do contrato. Essa é a diretriz tanto do Código Civil, como também do Código de Defesa do Consumidor, onde a purgação da mora deve se limitar aos pagamentos das prestações vencidas.

A jurisprudência tem corrigido a distorção introduzida pela Lei nº 10.931/2004, e os tribunais, em sua grande maioria, tem entendido que o pagamento das prestações vencidas e das que vencerem até a data da purgação são suficientes para a purgação da mora e da recomposição contratual. Entretanto, existem decisões isoladas em sentido contrário, notadamente no Superior Tribunal de Justiça.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO. PURGAÇÃO DA MORA NA VIGÊNCIA DA LEI 10.931/04. POSSIBILIDADE PURGAÇÃO DA MORA PAGAMENTO DA DÍVIDA PENDENTE EXPRESSÃO QUE ABRANGE APENAS AS PARCELAS VENCIDAS. AGRAVO DESPROVIDO.

(AI 3053406620118260000 SP 0305340-66.2011.8.26.0000, Relator: Andrade Neto, Data de Julgamento: 16/05/2012, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/05/2012)

Seria conveniente que a correção do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69 fosse feita mediante processo legislativo.

Deste modo, o parágrafo 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69 deve ser interpretado de forma que a purgação da mora se faça mediante o pagamento das prestações vencidas e não pagas, prevalecendo o contrato, sem prejuízo da faculdade do devedor de pagar toda a dívida, se quiser.

Assim, verifica-se que a purgação mora é um ato unilateral que visa remediar os efeitos da mora.

Já o credor, para purgar a mora, deve se oferecer para receber o pagamento, sujeitando-se aos efeitos da mora, até aquela data.

Neste caso, a purgação ocorre no momento em que o credor se oferece para receber a coisa, no estado em que se encontra, com todas as suas conseqüências.

Com relação à purgação da mora por parte do credor, não há que se falar em perdas e danos, mas sim em reembolso ao devedor, da importância eventualmente despendida por ele, em decorrência da recusa que ocasionou a mora.

3.1.3. A cessação da mora

A cessação da mora é diferente da purgação. Na cessação, o efeito não depende daquele que agiu em mora, mais sim da outra parte. A cessação decorre da extinção da obrigação e produz efeitos pretéritos, pois afasta os efeitos já produzidos¹¹.

A cessação da mora ocorre quando a parte prejudicada renuncia aos direitos que poderiam advir da mora, terminando com ela, sem que ocorressem seus efeitos naturais.

Não se pode confundir purgação da mora com cessação, pois na cessação todos os efeitos da mora, pretéritos e futuros são extintos. Isto acontece, por exemplo, quando o credor renuncia aos efeitos da mora a que teria direito de forma voluntária, bem como nos casos de novação ou remissão da dívida.

Já a purgação da mora, ao contrário da cessação, gera apenas efeitos para o futuro *ex nunc*. Isto significa dizer que a partir do momento da purgação da mora, o agente não estará mais sujeito aos ônus dela decorrentes, contudo, deverá responder pelos efeitos pretéritos, tais como juros e correção monetária, vez que seus efeitos pretéritos não podem ser apagados.

Cessam os efeitos da mora com a renúncia expressa ou tácita aos direitos que poderiam advir da mora. No tocante a renúncia expressa, não paira qualquer dúvida, porém, no tocante à renúncia tácita, ela deve resultar de atos que demonstrem, com toda a segurança, que a parte prejudicada não quis se valer das conseqüências decorrentes da mora.

¹¹ MINATTO, Otávio Goulart. Direito Das Obrigações - Parte V. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Jul. 2008. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/doutrina/obrigacoes/458. Acesso em: 25 ago 2012.

3.2. Inadimplemento absoluto

O inadimplemento de uma obrigação poderá ser considerado absoluto quando a obrigação não foi cumprida em tempo, lugar e forma convencionados e não mais poderá sê-lo.

No inadimplemento absoluto, devemos observar se o cumprimento da obrigação ainda é útil para o credor, pois para que ocorra tal tipo de inadimplemento, o cumprimento da obrigação não pode mais ser útil ao credor, se o for, não será inadimplemento absoluto, mas sim relativo, conforme veremos a seguir. (VENOSA, 2003, p. 237)

O inadimplemento absoluto é uma situação que somente pode ser produzida por ato do devedor, e não por ato do credor.

4. Consequências do inadimplemento do devedor na alienação fiduciária de coisa móvel

No caso de inadimplemento do devedor fiduciante, ou seja, se o débito o não for pago no vencimento, o credor fiduciário não pode ficar com o bem móvel alienado fiduciariamente, em razão do pacto comissório previsto no artigo 1.365 do Código Civil¹², devendo vendê-lo judicial ou extrajudicialmente a terceiro, para aplicar o produto da venda na solução de seu crédito e das despesas de cobrança. (DINIZ, 2006, p. 83)

Ao mesmo tempo em que o artigo 1.365 do Código Civil proíba que o credor fique com o bem, seu parágrafo único permite que as partes convençam a entrega do bem pela dívida existente. (RIZZARDO, 2009, p. 1331)

Deste modo, embora a legislação proíba que o credor fique com o bem, tal proibição não é tão radical quanto parece. Ela tem o objetivo de coibir abusos, de forma que o credor não enriqueça à custa do devedor. Se o credor pode vender o bem, como veremos a seguir, porque ele não poderia ficar com o bem, incorporando-o ao seu patrimônio? (ROQUE, 2010, p. 136)

Cumprir lembrar que o credor deve obedecer todas as normas legais e o direito do devedor.

Tratando-se da execução do contrato de alienação fiduciária, a primeira providência, como já verificamos no item 3.1.1.1., que cuida da mora do devedor, é constituir o fiduciante em mora, mediante envio de notificação por carta registrada, expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, ou através do protesto do título, conforme o caso.

Conforme reiterada jurisprudência, não é necessário que o documento seja entregue diretamente ao devedor, bastando que o mesmo seja entregue no endereço do devedor, não havendo necessidade que a notificação seja recebida pessoalmente pelo devedor.

¹² 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.

Comprovada a mora através da carta ou do protesto, o credor poderá requerer, em seguida, a busca e apreensão do bem alienado, que, nos termos do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, deverá ser concedida liminarmente.

A busca e apreensão permite ao fiduciário, titular do domínio resolúvel, a consolidação da propriedade, passando a ser proprietário e possuidor pleno e exclusivo da coisa.

Ao receber a petição inicial, o magistrado deve determinar, liminarmente, a busca e apreensão do bem alienado, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor, através de mandado, ordenando que o bem seja depositado em mão de quem for indicado como depositário, que, em regra, é o próprio credor.

Como efeito desta antecipação de tutela, conforme o disposto no artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, cinco dias depois de executada a liminar, consolida-se 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. (DINIZ, 2006, p. 84)

Dentro desse prazo de cinco dias, o devedor pode pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor na inicial. Nesta hipótese, o bem lhe será restituído livre de ônus.

O devedor poderá apresentar resposta no prazo de quinze dias, mesmo que já tenha pago o débito, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição. Da sentença cabe apelação no efeito devolutivo.

Na sentença que decretar a improcedência da busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa em favor do devedor fiduciante, equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor originalmente financiado, devidamente atualizado. Tal multa não exclui a responsabilidade do credor por perdas e danos.

A busca e apreensão constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.

Se o devedor requerer a purgação da mora, o magistrado deverá marcar prazo não superior a cinco dias da liminar para que o devedor efetue o pagamento do valor apresentado pelo credor na inicial. Purgada a mora, extingue-se o processo, levantando o credor, a quantia depositada, e devolvendo o bem apreendido ao réu.

Mesmo que não haja contestação e nem a purgação da mora, a sentença só deve ser prolatada depois de decorrido o prazo de defesa. Com isso, o domínio e a posse do bem alienado fiduciariamente se consolidam, definitivamente, no credor, que, então, deverá vender a coisa apreendida, judicial ou extrajudicialmente.

Se o produto da venda não for suficiente para cobrir a dívida, o devedor continuará obrigado pelo remanescente, podendo ser réu em ação de execução.

Caso não seja possível encontrar o bem alienado fiduciariamente, o credor fiduciário deverá intentar ação depósito, citando o devedor para que o apresente ou, se impossível for, entregue o valor equivalente ao débito (valor principal com juros, multa e atualização monetária) em dinheiro. (DINIZ, 2006, p. 85)

O credor não está obrigado a promover a busca e apreensão da coisa, se preferir, poderá intentar processo de execução contra o fiduciante ou contra seus avalistas. Nesta hipótese, o credor poderá requerer a penhora de bens, que poderá recair sobre quaisquer bens do devedor ou de seus avalistas.

Cumprido lembrar que, se o credor pessoa jurídica de direito público, o mesmo pode apresentar processo de executivo fiscal.

No caso de a dívida ser paga por um terceiro, fiador ou avalista, este se sub-roga nos direitos do credor, exercendo, então, contra o devedor, todos os direitos decorrentes da alienação fiduciária.

Ocorrendo a falência do devedor, o credor fiduciário tem o direito de pedir contra a massa a devolução da coisa alienada fiduciariamente, não alterando esta circunstância a estrutura da execução da alienação fiduciária. (DINIZ, 2006, p. 86)

Se a falência, por sua vez, for do credor, o devedor, ao pagar seu débito, amparado pela ação de consignação, poderá exercer contra a massa a pretensão de receber a propriedade do bem alienado, que retornará à sua propriedade livre de ônus.

4.1. Ações decorrentes do inadimplemento

Na alienação fiduciária de bem móvel, quando o devedor deixa de pagar a dívida com o credor, ocorre o inadimplemento, conforme verificamos no item 3.1 deste trabalho.

Neste caso, o credor tem hoje à sua disposição algumas formas para a resolução da questão: (CANUTO, 2003, p. 131)

- a) a venda extrajudicial do bem;
- b) a busca e apreensão;
- c) a ação de depósito;
- d) a ação possessória;
- e) a ação de execução; e
- f) cobrança do saldo residual.

4.1.1. Venda extrajudicial do bem

A venda extrajudicial do bem alienado está prevista no artigo 1.364 do Código Civil, tornando inequívoca a natureza particular da venda ao mencionar que a mesma poderá ser feita judicial ou extrajudicialmente.

Tal previsão também está contida no *caput* do artigo 2º do Decreto-Lei nº 911/69¹³.

Ocorre que esta venda não é tão simples assim como parece. Vários são os passos necessários à aplicação da lei. O primeiro deles é a consolidação da do bem alienado ao patrimônio do credor. Com a consolidação, o credor passa a ter o domínio pleno e a posse direta do bem. (ROQUE, 2010, p. 129)

¹³ 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.

Como o bem fica em posse do devedor, é necessário que este faça a sua entrega ao credor. Se não houver o cumprimento da obrigação de entrega do bem, o devedor precisará se socorrer de algumas medidas judiciais, como veremos adiante.

É certo que o credor pode vender o bem a um terceiro, mesmo sem tê-lo em seu poder, o que apresenta o inconveniente de não se obter o melhor preço, uma vez que o adquirente terá que litigar com o esbulhador para obter a posse da coisa.

Ressalta-se que, o adquirente pode, inclusive, não conseguir consolidar a posse e a propriedade plenas, uma vez que o credor tem o direito de purgar a mora, pagando a integralidade da dívida pendente.

O devedor deve requerer a purgação da mora depois de devidamente citado e após a execução da liminar, conforme estabelece o artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69¹⁴.

Deste modo, considerando a possibilidade de o devedor purgar a mora, enquanto subsistir a fidúcia, a ação correta é a de busca e apreensão. (CANUTO, 2003, p. 131)

A venda extrajudicial, sem qualquer intervenção judicial, só pode ocorrer, isenta de riscos para o adquirente, nos casos em que o devedor espontaneamente devolver o objeto financiado ao credor, não existindo, desse modo, qualquer obstáculo à venda.

Alguns doutrinadores defendem que, enquanto não consolidada a propriedade e a posse, não pode haver a venda do bem.

O credor pode vender o bem alienado pelo preço que encontrar alguém disposto a pagar, todavia, com a finalidade de preservar a liquidez do débito, deve permitir que o devedor acompanhe o processo de alienação, já que ele terá direito a eventual sobra e também, caso o valor não seja suficiente para quitar a dívida, continuará responsável pela diferença. (CANUTO, 2003, p. 134)

¹⁴ Art. 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

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

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

(...)

O devedor tem o direito de impedir que o credor, por má fé ou mesmo por desinteresse, venda a coisa a preço irrisório.

Se o crédito não for suficiente para a satisfação da dívida, o devedor continua responsável pelo saldo devedor remanescente, podendo o credor promover a execução.

Para se precaver, o credor deve pedir a avaliação do bem por um perito avaliador, de forma que o preço de venda não fique a seu exclusivo critério.

4.1.2. Ação de busca e apreensão

A busca e apreensão é a ação por meio da qual o credor fiduciário obtém a coisa que estava em poder do devedor fiduciante, tornando-se possuidor exclusivo do bem alienado fiduciariamente.

Uma vez proposta a ação de busca e apreensão, o devedor será citado para pagar a integralidade da dívida. (ROQUE, 2010, p. 131)

Esta é a mais freqüente das ações, uma vez que oferece ao credor a consolidação da propriedade e a posse plena do bem, permitindo assim a venda extrajudicial do bem alienado. É uma ação autônoma que não tem relação com a ação utilizada para a cobrança do débito.

É uma ação mandamental, de natureza real, na qual o juiz condena o réu, o devedor fiduciante, a devolver o bem, atribuindo ao credor fiduciário a propriedade e a posse plena, dando-lhe o direito de vender o bem. (CANUTO, 2003, p. 136)

Eventual recurso da sentença só tem efeito devolutivo, de modo que este não impedirá a venda do bem apreendido.

Cumprido ressaltar que a ação de busca e apreensão deve ser utilizada com prudência e responsabilidade, uma vez que, nos termos do parágrafo 6º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, com redação dada pela Lei nº 10.931/04, no caso de improcedência da ação, o credor fiduciário será condenado ao pagamento de multa no valor de 50% (cinquenta por cento) do valor originalmente financiado. (ROQUE, 2010, p. 135)

A Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004 introduziu importantes modificações em relação ao procedimento de busca apreensão dos bens móveis, objeto de alienação fiduciária, modificando a natureza do provimento liminar. Na sistemática anterior, a antecipação tinha feição cautelar e procurava conservar o bem na guarda provisória de depositário fiel, até o final do processo. Julgado procedente o pedido, a sentença consolidaria o bem nas mãos do credor fiduciário, e no caso de improcedência, o bem seria devolvido ao devedor fiduciante. (LIMA, 2005, p. 355)

Agora, o provimento liminar antecipa a própria pretensão material do credor, com a consolidação da propriedade do bem em suas mãos, e depois de decorridos 5 (cinco) dias da execução liminar, consolida-se a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário.

A eficácia que proporciona a consolidação da propriedade e da posse é alcançada, em caráter definitivo, logo no início do processo.

Outra mudança trazida pela Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004, se refere à purgação da mora. Antes da entrada em vigor desta lei, o devedor era citado para apresentar contestação, sendo-lhe facultado purgar a mora, desde que já houvesse efetuado o pagamento de mais de 40% (quarenta por cento) do bem alienado.

A porcentagem acima citada estava descrita no parágrafo 1º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, contudo, como existiam julgados admitindo a purgação da mora independente do percentual pago pelo devedor fiduciante, com o fundamento de que deveriam ser criadas facilidades para recomposição do fluxo de pagamentos, em 13 de maio de 2004, o STJ consolidou o assunto através do Enunciado 284: (CHALHUB, 2008, p. 93)

STJ Súmula nº 284 - 28/04/2004 - DJ 13.05.2004

Purgação da Mora - Alienação Fiduciária

A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado.

Com a entrada em vigor da Lei nº 10.931, em 02 de agosto de 2004, o artigo 56 deu nova redação aos parágrafos do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, sendo que o parágrafo 2º passou a apresentar a seguinte redação:

§ 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.

Deste modo, conforme já verificamos no item 3.1.2. deste trabalho, para a purgação da mora, basta que o devedor pague a integralidade da dívida pendente. A integralidade da dívida é entendida como as prestações vencidas e as que vencerem até a data da purgação, acrescidas de encargos.

Se o devedor não purgar a mora nos 5 (cinco) dias que decorrem da execução liminar de busca e apreensão, o credor fiduciário fica autorizado pela lei, a alienar o bem. Ressalta-se que esse prazo não é para resposta, mas unicamente para a purgação da mora.

A contestação pode se dar no prazo de 15 (quinze) dias, mas, como a consolidação da propriedade e da posse ocorreram no prazo de 5 (cinco) dias, se não houver expressa revogação da liminar, o credor fiduciário fica autorizado a expedir novo certificado de propriedade em seu nome. (LIMA, 2005, p. 356)

Por fim, cumpre ressaltar que o sujeito ativo da ação de busca e apreensão deve ser a pessoa que figurar, originariamente, no contrato de alienação fiduciária como financiador, posição reservada às instituições financeiras legalmente autorizadas a operar no mercado de capitais e registradas no Banco Central, ou, ainda, o avalista, fiador ou terceiro que tenha liquidado toda a dívida perante o credor, tomando o lugar deste, por sub-rogação no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária, sendo que o sujeito passivo será o alienante devedor¹⁵.

ALIENAÇÃO FIDUCIARIA. VENDA DE TRATOR REALIZADA POR SOCIEDADE COMERCIAL, NÃO FINANCEIRA, COM ESSA ESPÉCIE DE GARANTIA (ART. 66 DA LEI 4.728, DE 14/7/1965, C/ A REDAÇÃO DO DEC.-LEI 911/69). AÇÃO DE BUSCA E APREENSAO DO TRATOR, CONVERTIDA, DEPOIS, EM AÇÃO DE DEPOSITO (ART. 4. DO DEC.-LEI). INADMISSIBILIDADE. SOCIEDADE COMERCIAL NÃO FINANCEIRA (EM SENTIDO ESTRITO OU AMPLO) NÃO PODE SE VALER, EM SUAS OPERAÇÕES DE VENDA DE BENS, DA GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIARIA, PREVISTA EM LEGISLAÇÃO ESPECIFICA E DE APLICAÇÃO RESTRITA A OUTRAS ENTIDADES. POR ISSO MESMO NÃO PODE, COM BASE NESTA, PROPOR AÇÃO DE BUSCA E APREENSAO OU DE DEPOSITO DO BEM QUE INVALIDAMENTE LHE TIVER SIDO ALIENADO EM FIDUCIA.

¹⁵ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; GONÇALVES, Glauco Polachini. As recentes alterações do Decreto-Lei nº 911/69 e a prisão civil na alienação fiduciária em garantia (Lei nº 10.931/04). Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 532, 21 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6064>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

(RE 105143/MG, Relator Sidney Sanches, julgado em 11.09.1987)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. FIRMOU-SE A JURISPRUDÊNCIA DO STF NO SENTIDO DE QUE SOMENTE AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E OS CONSORCIOS AUTORIZADOS DE AUTOMOVEIS É QUE PODEM UTILIZAR-SE DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. ADMITE A DOUTRINA QUE AS ENTIDADES ESTATAIS OU PARAESTATAIS SÃO IGUALMENTE LEGITIMADAS PARA RECEBER TAL TIPO DE GARANTIA, COMO RESULTA DO ART. 5. DO DECRETO-LEI N. 911-69. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO

(RE 111219/RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho, julgado em 10.12.1987).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EMPRESA PRIVADA, NÃO FINANCEIRA. IMPOSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PACTO INVÁLIDO. INVALIDADE QUE, TODAVIA, NÃO IMPLICA NA ANULAÇÃO DO CONTRATO PRINCIPAL. EXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. VEDAÇÃO, POR SEU TURNO, AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. NOTAS PROMISSÓRIAS EMITIDAS NÃO COMO GARANTIA DO PACTO ACESSÓRIO, MAS SIM DO CONTRATO DE CESSÃO. TÍTULOS DE CRÉDITO, ADEMAIS, SUJEITOS AO PRINCÍPIO DA ABSTRAÇÃO, ESTANDO DESVINCULADOS DA CAUSA SUBJACENTE. VALIDADE DA PROMESSA DE PAGAMENTO. CANCELAMENTO DO PROTESTO INDEVIDO. GRATUIDADE PROCESSUAL. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO A PESSOA JURÍDICA QUE, ENTRETANTO, DEVE VIR ACOMPANHADA DE PROVA DA NECESSIDADE. ÔNUS DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU O REQUERIDO. CERTIDÃO DE PREPARO EQUIVOCADA E, POSTERIORMENTE, RETIFICADA. VALORES RECOLHIDOS CORRETAMENTE. ALEGAÇÃO PREJUDICADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADA PELO DEMANDADO. BOA-FÉ QUE, OUTROSSIM, SE PRESUME. AÇÃO DECLARATÓRIA AUTÔNOMA QUE NÃO SUBMETE AO PRAZO PREVISTO NO ARTIGO 325 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, APLICÁVEL ÀS AÇÕES DECLARATÓRIAS INCIDENTAIS. AUTENTICAÇÃO DOS DOCUMENTOS. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE NÃO ILIDIDA PELO REQUERIDO. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DO DEMANDADO. PARCIAL PROCEDÊNCIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO DA AUTORA NÃO PROVIDO. RECURSO DO DEMANDADO PARCIALMENTE PROVIDO.

(APL 336641120038260004 SP, Marcondes D'Angelo, julgado em 18.04.2012)

Todas as sociedades de crédito, financiamento e investimento, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, podem figurar nas operações com alienação fiduciária em garantia, e não as demais pessoas jurídicas, eis que a Lei nº 4.728/65 foi criada com o fim específico de disciplinar o mercado de capitais e dar segurança às empresas de financiamento ao consumidor. (RIZZARDO, 2009, p. 1325)

Aos consórcios formados para a aquisição de bens móveis duráveis, regulados pelo Decreto 70.951, de 09 de agosto de 1972, igualmente é autorizado o contrato de alienação fiduciária.

Aos contratantes não enquadrados nesta categoria, se proíbe a utilização de procedimento legal do Decreto-Lei nº 911/69, restrito às instituições financeiras, de modo que os demais credores devem valer-se de outros institutos para consolidar o domínio e a posse, como por exemplo a reintegração de posse.

4.1.3. Ação de depósito

A ação de depósito pode se dar de forma direta, ou pela conversão da ação de busca e apreensão, e tem por objetivo exigir do devedor a restituição da coisa que esta com ele, ou seja, da coisa depositada.

Até 2004 esta ação era utilizada para que o devedor pudesse ser declarado depositário infiel, e como tal, passível de prisão.

Ressalta-se que a Constituição Federal brasileira prevê duas hipóteses de prisão civil: do alimentante inadimplente e do depositário infiel (CF, art. 5º, inc. LXVII). A legislação ordinária brasileira regulamentou várias situações de prisão civil, ampliando bastante o termo "prisão do depositário infiel". Essa ampliação excessiva sempre foi objeto de muitas críticas¹⁶.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 11) e do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25-9-1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6-11-1992), não mais haveria base legal para a prisão civil do depositário infiel, prevista no art. 5º, LXVII, mas apenas para a prisão civil decorrente de dívida de alimentos.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. Prisão civil do depositário infiel: impossibilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1748, 14 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11148>>. Acesso em: 12 set. 2012.

Antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a controvérsia quanto ao acolhimento ou não pela Constituição Federal foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que entendeu que esses tratados teriam posição subalterna no ordenamento jurídico, de modo que não poderiam prevalecer sobre norma constitucional expressa, permanecendo a possibilidade de prisão do depositário infiel.

Posteriormente, a EC nº 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF, que prevê expressamente que os tratados e convenções internacionais serão equivalentes às emendas constitucionais, se preenchidos dois requisitos:

- 1) tratem de matéria relativa a direitos humanos; e
- 2) sejam aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, pelo quorum de três quintos dos votos dos respectivos membros (duas votações em cada Casa do Parlamento, com três quintos de quorum em cada votação).

O Supremo Tribunal Federal, no HC 87585/TO, do qual é relator o Ministro Marco Aurélio, em 3.12.2008, decidiu que, com a introdução do Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, em nosso ordenamento jurídico, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel, prevista na Magna Carta. Segundo consta do Informativo 531 do STF, prevaleceu, no julgamento, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, em que restaram vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional¹⁷.

STF - HABEAS CORPUS HC 87585 TO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 03/12/2008

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

¹⁷ CAPEZ, Fernando. A prisão civil do depositário infiel na visão do Supremo Tribunal Federal. Revista Jus Vigilantibus, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38208>>. Acesso em: 12 set. 2012.

Ementa: DEPOSITÁRIO INFIEL PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

O Informativo 498 do STF destacou a existência de três distintas situações relativas aos tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o rito procedimental do § 3º do art. 5º da CF; e 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

De qualquer modo, independentemente do *status* que assumiriam os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, no ordenamento jurídico brasileiro, é possível concluir que, segundo a decisão exarada no HC 87585/TO, o Pacto de São José da Costa Rica, subscrito pelo Brasil, torna inaplicável a legislação com ele conflitante, não havendo mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, sendo esta admitida apenas na hipótese de dívida alimentar.

Superada a questão relativa impossibilidade de prisão do depositário do bem, voltamos a tratar da questão da busca e apreensão do bem.

Após a concessão da liminar, se o bem não for encontrado, o credor pode requerer, com base na negativa do Oficial do Justiça, a conversão da ação de busca e apreensão em depósito. (CANUTO, 2003, p. 141)

A ação de depósito também pode ser requerida de forma independente da busca e apreensão, quando o credor sabe que o paradeiro do bem não é mais conhecido.

Essa ação, assim como a busca e apreensão, também tem natureza autônoma, já que objetiva unicamente a restituição da coisa alienada fiduciariamente, independentemente de o credor promover a execução; contudo, considerando que a prisão do depositário infiel não mais é admitida em nosso ordenamento, tal ação passou a não mais apresentar qualquer utilidade prática.

4.1.4. Ação possessória

Conforme o disposto no texto primitivo do parágrafo 8º do artigo 66 da Lei nº 4.728/65, o proprietário fiduciário ou o comprador do bem alienado fiduciariamente poderia utilizar-se das ações possessórias para reivindicá-la do devedor ou de terceiros. (CANUTO, 2003, p. 142)

As modificações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 911/69 suscitaram discussões sobre a utilização de ações possessórias, uma vez que o texto do parágrafo 8º foi retirado, sem que a lei fizesse qualquer menção à possibilidade de se reivindicar o bem.

A alienação fiduciária consumou o desdobramento da posse em: (i) direta, que cabe ao credor; e (ii) indireta, que cabe ao devedor. Tal desdobramento possibilitou a cada uma das partes, utilizar-se de ação possessória contra a outra, se presente o esbulho ou a turbação.

No caso de inadimplemento, ou seja, se a dívida não for paga pelo devedor, não se justifica que o mesmo continue com a posse do bem. Assim, rescindido o contrato, o devedor perde o direito à posse, devendo transmiti-la ao credor, e caso não o faça, o credor tem o direito à ação reintegratória.

4.1.5. Ação de execução

O artigo 5º do Decreto-Lei nº 911/69 possibilitou ao credor fiduciário buscar a satisfação de seu crédito pela via executiva, com a possibilidade de penhorar bens do devedor, suficientes à satisfação do seu crédito. Essa penhora não pode recair sobre os bens objeto da alienação fiduciária, uma vez que o domínio resolúvel pertence ao credor.

A penhora de bens objeto da alienação fiduciária, só é possível se o credor renunciar à garantia fiduciária, de forma a evitar a confusão na mesma pessoa das qualidades de credor e de dono da coisa, conforme o disposto no artigo 1.436 do Código Civil.

Cumpra lembrar que a alienação fiduciária tem por objetivo garantir que, no caso de inadimplemento, o credor possa vender o bem e reverter o produto em benefício de seu crédito, mas o credor pode escolher receber o valor total do débito através da execução.

A ação executiva é o meio adequado para buscar a satisfação do crédito quando o bem estiver desaparecido ou destruído. Tal ação busca cobrar a dívida, e pode ser proposta contra o devedor e demais coobrigados, sendo que, em relação ao avalista, a execução corresponderá apenas às parcelas já vencidas. (CANUTO, 2003, p. 146)

Esta ação, que recebeu no código de Processo Civil o nome de Ação de Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente, deve ser utilizada quando a busca e apreensão se torna inócua ou quando o valor apurado com a venda do bem não for suficiente para satisfação da dívida. (ROQUE, 2010, p. 134)

4.1.6. Cobrança do saldo residual

Conforme já verificamos, a venda do bem objeto da garantia visa alcançar a satisfação do crédito. Uma vez que quitada a dívida, o credor deve restituir o que sobrar ao devedor, visto que só lhe é permitido reter o necessário para o adimplemento do seu crédito.

Por outro lado, se o preço obtido com a venda não for suficiente para o pagamento da dívida, acrescida de seus acessórios, o devedor continua responsável pela diferença, nos termos do parágrafo 5º do artigo 1º do Decreto-Lei nº 911/69¹⁸. (CANUTO, 2003, p. 147)

¹⁸ § 5º Se o preço da venda da coisa não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.

Este saldo devedor apurado, também chamado de saldo residual, é de responsabilidade do devedor e pode ser exigido pelo credor, contudo, caso a venda tenha ocorrido de forma extrajudicial e sem a participação do devedor, não há como se reconhecer liquidez à dívida, uma vez que a transação foi feita sem sua concordância.

Assim, a venda extrajudicial, unilateral e sem controle do judiciário ou a concordância do devedor não confere liquidez ao saldo residual, não sendo possível, neste caso, a via executiva.

Quando o processo de venda é acompanhado pelo devedor, a liquidez do saldo fica preservada, podendo o débito ser cobrado do devedor e/ou de seus coobrigados. (CANUTO, 2003, p. 152)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BUSCA E APREENSAO DO BEM. EXECUÇÃO DO SALDO DEVEDOR. DESENTRANHAMENTO DOS TITULOS CÂMBIAIS. INCONFUNDIVEIS OS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E DO FINANCIAMENTO POR AQUELA GARANTIDO, A CONSOLIDAÇÃO DO BEM EM MÃO DO PROPRIETARIO FIDUCIARIO NÃO RESCINDE O SEGUNDO CONTRATO, NEM IMPEDE A **EXECUÇÃO DO EVENTUAL SALDO CONTRA O DEVEDOR OU AVALISTA**, CABENDO O DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS, PARA O PROCEDIMENTO, DOS TITULOS CÂMBIAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(108675 SP, Relator: RAFAEL MAYER, Data de Julgamento: 21/04/1986, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 16-05-1986 PP-08191 EMENT VOL-01419-05 PP-00861) (**grifo nosso**)

Com isso, duas correntes se formaram no que tange à cobrança do saldo residual. Uma favorável à utilização do rito especial da execução, e a outra não favorável, uma vez que o valor devido não reflete liquidez e certeza.

Para os adeptos da primeira posição, o argumento da falta de liquidez não encontra apoio legal, já que a lei autoriza a venda do bem, sem prejuízo de o devedor continuar responsável pelo saldo eventualmente apurado. Ademais, a lei, ao facultar a venda extrajudicial do bem, não obriga o credor a promover ação de prestação de contas para cobrança do saldo devedor. (RIZZARDO, 2009, p. 1331)

Os adeptos da segunda posição entendem que o saldo devedor apurado unilateralmente, sem a presença do devedor, não pode ser considerado como crédito líquido, requisito necessário para a cobrança através da execução.

É certo que, nos termos do artigo 6º do Decreto-Lei nº 911/69, o avalista, o fiador ou o terceiro interessado que pagar a dívida do devedor fiduciante, se subrogará de pleno direito no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.

Para Melhim Namem Chalhub (2009, p. 213), se a venda do bem tiver sido feita extrajudicialmente, sem prévia avaliação e sem que o devedor tenha manifestado sua anuência quanto ao preço, o meio judicial próprio para a cobrança do saldo residual é a ação monitória.

A ação monitória destina-se à constituição de título executivo e, se for o caso, à sua posterior execução. Conforme o disposto no artigo 1.102-A do Código de Processo Civil, esta ação compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

4.2. A falência do fiduciante

Conforme verificado neste trabalho, na alienação fiduciária, a propriedade do bem é transferida ao credor, mas o devedor fica com sua posse e o *direito expectativo* à propriedade plena do bem.

Devido a essa configuração, no caso de recuperação, não haverá qualquer alteração no curso do contrato, uma vez que a Lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário, exclui dos efeitos da recuperação os créditos garantidos por propriedade fiduciária. (CHALHUB, 2009, p. 214)

Na falência do devedor fica assegurado ao credor o direito de pedir, na forma prevista em lei, a restituição do bem alienado. Neste caso, o devedor deve ser empresa mercantil sujeita a esse instituto.

Tal direito está previsto no artigo 7º do Decreto-Lei nº 911/69¹⁹, que se encontra em consonância com a Lei nº 11.101/2005.

¹⁹ 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.

A falência de uma empresa que ocupa a posição de devedora fiduciante pode causar transtornos às sociedades de financiamento, crédito e investimento, uma vez que o bem, objeto de alienação fiduciária, está na posse da empresa falida. Como todos os bens da falida são arrecadados para a formação da massa falida, o credor precisa requerer a entrega imediata do bem gravado com alienação fiduciária em garantia e, devolvendo a parte do preço já paga, que deve ser depositada em juízo. (ROQUE, 2010, p. 113)

Se o credor não agir deste modo, o bem permanecerá na massa falida, será avaliado e vendido em leilão. O produto da arrematação será destinado ao pagamento do bem, sob a responsabilidade da massa falida, ficando o credor fiduciário na posição de credor quirografário perante a massa.

Conclusão

A alienação fiduciária em garantia é um negócio típico do Brasil, que surgiu a partir de 1930 juntamente com o processo de industrialização e do crescimento do mercado interno, com a finalidade de garantir operações de crédito.

A Lei nº 4.728/65 foi promulgada com o intuito de institucionalizar o mercado de capitais e teve por objetivo tornar mais vantajosas as operações de crédito e financiar a aquisição de bens de consumo. Esta lei estabeleceu medidas para o desenvolvimento do mercado de capitais e foi modificada pelo Decreto-Lei nº 911/69 e posteriormente pela Lei nº 10.931/2004.

A Lei nº 9.514/97, por sua vez, dispôs sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel.

O Código Civil de 2002 tratou apenas da propriedade fiduciária, nos artigos 1.361 a 1.368 e também no artigo 1.368-A, acrescentado pela Lei nº 10.931/2004, omitindo qualquer menção à alienação fiduciária. A propriedade fiduciária é um direito real de garantia, utilizado com a finalidade de garantir o cumprimento de uma obrigação, é um tipo de propriedade resolúvel.

Na alienação fiduciária, o fiduciário tem a propriedade resolúvel do bem, o que equivale a dizer que a propriedade desse bem foi conseguida através de um contrato com cláusula resolutória. Assim, no momento em que fiduciante pagar todo o seu débito, resolve-se a propriedade, e esta passa para o fiduciante.

A alienação fiduciária em garantia de bens móveis tem sido largamente utilizada como instrumento de garantia de financiamentos bancários, principalmente para o financiamento de automóveis.

De acordo com o Código Civil, a propriedade fiduciária pode ser livremente utilizada em quaisquer financiamentos, independentemente do credor ser instituição financeira ou não, brasileiro ou estrangeiro, tendo em vista que este diploma legal tem aplicação geral e não traz qualquer tipo de diferenciação ou de restrição quando ao credor.

Até 1969 existiam dúvidas quanto ao remédio processual a ser utilizado no caso de inadimplemento do contrato de alienação fiduciária de bem móvel, uma vez que o artigo 66 da Lei nº 4.728/65 estabelecia que o credor teria o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.

O Decreto-Lei nº 911/69, em seu artigo 3º, acabou com essas dúvidas, trazendo disposição expressa de que o credor pode requerer contra o devedor ou contra terceiro, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, que será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor. Assim, a partir da entrada em vigor deste decreto, a alienação fiduciária passou a ser um dos institutos mais utilizados para a constituição de garantia para o consumidor.

Em razão do pacto comissório previsto no artigo 1.365 do Código Civil, no caso de inadimplemento do devedor fiduciante, ou seja, se não houver o pagamento do débito no vencimento, o credor fiduciário não pode ficar com o bem móvel alienado fiduciariamente, devendo vendê-lo judicial ou extrajudicialmente a terceiro, aplicando o produto da venda na solução de seu crédito e das despesas de cobrança.

A previsão de venda do bem a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, com aplicação do preço da venda no pagamento do crédito e das despesas de cobrança, entregando o saldo apurado ao devedor, se houver, está contida no artigo 2º do Decreto-Lei nº 911/69.

Ao mesmo tempo em que o artigo 1.365 do Código Civil proíbe que o credor fique com o bem, seu parágrafo único permite que as partes convençam a entrega do bem pela dívida existente. Assim, muito embora a legislação proíba que o credor fique com o bem, tal proibição não é tão radical quanto parece. Ela tem o objetivo de coibir abusos, de forma que o credor não enriqueça a custa do devedor.

Verifica-se que, na hipótese de inadimplemento, para que o credor possa solicitar a busca e apreensão do bem e/ou executar o contrato de alienação fiduciária, a primeira providência a ser tomada é a constituição do devedor fiduciante em mora, mediante envio de notificação por carta registrada, expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, ou através do protesto do título.

Recebendo a ação de busca e apreensão, com comprovação da mora, o magistrado deverá determinar liminarmente a busca e apreensão do bem alienado, através de mandado, ordenando que o bem seja depositado em mão de quem for indicado como depositário, que, em regra, é o próprio credor.

Cinco dias depois de executada a liminar, consolida-se 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.

Ressalta-se que o sujeito ativo da ação de busca e apreensão deve ser a pessoa que figurou, originariamente, no contrato de alienação fiduciária como financiador, posição esta reservada às instituições financeiras legalmente autorizadas a operar no mercado de capitais e registradas no Banco Central, ou, ainda, ao avalista, ao fiador ou ao terceiro que tenha liquidado toda a dívida perante o credor, tomando o lugar deste, por sub-rogação no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.

Aos contratantes não enquadrados nas categorias acima mencionadas, fica vedada a utilização do procedimento legal contido no Decreto-Lei nº 911/69, restrito às instituições financeiras, de modo que, restará aos demais credores valer-se de outros institutos para consolidação do domínio e da posse, como por exemplo a ação de reintegração de posse.

Como conseqüências do inadimplemento do devedor, o credor poderá valer-se da busca e apreensão, restrita às instituições financeiras; da ação possessória, que pode ser utilizada pelos demais credores; da venda judicial ou extrajudicial do bem; da ação de execução; e da ação de cobrança do saldo residual, se o crédito obtido com a venda do bem não for suficiente para a satisfação da dívida.

A doutrina também menciona a possibilidade de utilização da ação de depósito, de forma direta, ou através da conversão da ação de busca e apreensão, com o objetivo de exigir do devedor a restituição da coisa que esta com ele, ou seja, da coisa depositada; contudo, em razão da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 87585/TO, em dezembro de 2008, a prisão civil do depositário infiel passou a ser admitida apenas na hipótese de dívida alimentar, deixando a ação de depósito sem qualquer aplicação prática.

Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Saraiva, 1973.

ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas conseqüências. São Paulo: Saraiva, 1949.

CANUTO, Elza Maria Alves. Alienação fiduciária de bem móvel: responsabilidade do avalista. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAPEZ, Fernando. A prisão civil do depositário infiel na visão do Supremo Tribunal Federal. Revista Jus Vigilantibus, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38208>>. Acesso em: 12 set. 2012.

CHALHUB, Melhim Namem. A purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis. Revista de Direito do Consumidor, ano 17, nº 66, abr.-jun/2008.

_____. Negócio fiduciário. 4 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar 2009.

DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos, 5º volume, 6. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRARA JUNIOR, Francesco. Ipoteca mobiliare. Roma, 1932.

FREIRE, Ana Carolina de Salles; GIANETI, Mateus Donato. A propriedade fiduciária e o novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 269, 2 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5032>>. Acesso em: 22 ago 2012.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; GONÇALVES, Glauco Polachini. As recentes alterações do Decreto-Lei nº 911/69 e a prisão civil na alienação fiduciária em garantia (Lei nº 10.931/04). Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 532, 21 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6064>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

GIANTURCO, Emanuele. Sistema di diritto civile italiano. 3ª ed. Napoli: Ed. Luigi Pierro, 1909.

GOMES, Luiz Flávio. Prisão civil do depositário infiel: impossibilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1748, 14 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11148>>. Acesso em: 12 set. 2012.

GRAU, Eros Roberto. Negócio Jurídico Inexistente. Alienação fiduciária em garantia; existência, validade e eficácia do negócio jurídico. Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: RT, abr./jun., 1987.

LIMA, Fabio Eugênio Oliveira. Ação de busca e apreensão. Inadimplemento de contrato de financiamento de bem móvel, com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia. Revista de Direito do Consumidor, ano 14, nº 56, outubro-dezembro/2005.

LONGO, Carlo. Corso di Diritto Romano. La fiducia. Milano 1933.

MINATTO, Otávio Goulart. Direito Das Obrigações - Parte V. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Jul. 2008. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/doutrina/obrigacoes/458. Acesso em: 25 ago 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2010.

PETTIT, Philip Henry. Equity and the law of trusts. 10 ed. USA: New York, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROQUE, Sebastião José. Da alienação fiduciária em garantia, 1. ed. São Paulo: Ícone, 2010.

SOBREIRA, Eneisa Miranda Bittencourt. Alienação Fiduciária em Garantia De Bem Móvel: A Prisão Civil do Devedor e a Mudança de Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito da UNIGRANRIO. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/966/590>>. Acesso em: 23 ago 2012.

TRABUCCHI, Alberto. Istituzione di diritto civile. Padova, 1968.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 3ª Edição. São Paulo. Atlas. 2003.