

# DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

ARNOLDO WALD

## I. HISTÓRIA E POSIÇÃO LEGISLATIVA

1. A alienação fiduciária foi introduzida na legislação brasileira pelo art. 66 da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, como novo instrumento de garantia destinado a permitir a difusão do crédito direto ao consumidor, que o Banco Central foi atribuindo, em proporções crescentes, às financeiras.

2. O crédito direto permitiu o aumento do mercado consumidor e a ampliação da faixa de funcionamento das instituições financeiras, dando assim maior elasticidade ao mercado de capitais e reduzindo, outrossim, os riscos operacionais. A generalização do crédito ao consumidor fez com que se desse capacidade aquisitiva a uma determinada classe de compradores, que não a teria em condições normais, de tal modo que um grande número de pessoas, que estavam marginalizadas no mercado consumidor, passaram a poder integrá-lo, em virtude de crédito a médio prazo que lhes foi concedido para a realização de certas compras. Essa conquista, devida à sábia orientação do Banco Central, tornou-se um meio de evitar a recessão e de facilitar a própria industrialização, especialmente no campo dos automóveis e dos eletrodomésticos, em que a produção não encontrava um consumo suficiente ou adequado para poder funcionar em bases de pleno emprego, de tal modo que as providências de ordem financeira ensejaram a possibilidade de maior rentabilidade industrial, provocando a baixa do custo operacional e até, conseqüentemente, do preço de venda de alguns artigos.

3. Para o atendimento do crédito ao consumidor, as formas tradicionais de garantia, como o penhor mercantil e a venda com reserva de domínio, se apresentam como ineficientes. As fraudes repetidas e generalizadas esvaziaram completamente o penhor mercantil como técnica de garantia de créditos. Quanto

à venda com reserva de domínio, pressupõe necessariamente que o vendedor seja proprietário do bem para poder aliená-lo ao comprador e devedor das prestações, reservando-se a propriedade, o que implicaria em mais uma operação comercial desaconselhável no caso e que poderia ter, na vigência do imposto de vendas e consignações, o problema da incidência tributária.

4. Para assegurar melhores garantias ao crédito direto ao consumidor, concebeu-se a alienação fiduciária, como operação não tributada, na qual o devedor (alienante fiduciário) adquire o bem, que é revendido fiduciariamente ao financiador, ou seja, à instituição financeira (adquirente fiduciário).

5. Caracteriza-se a alienação fiduciária pelo fato de constituir, em favor da instituição financeira, uma propriedade resolúvel e onerada com encargo.

É propriedade resolúvel na forma do art. 647 do Código Civil, porque extingue-se em virtude do pagamento total do débito pelo alienante. Neste sentido, é explícito o texto do art. 66 da Lei do Mercado de Capitais, quando esclarece que, na alienação fiduciária, “o credor (adquirente fiduciário) tem a propriedade da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida”. Funciona, assim, o pagamento total do débito como condição resolutiva da propriedade resolúvel do adquirente fiduciário, ou seja, do credor (instituição financeira), que adiantou parte do *quantum* necessário para a compra do bem pelo beneficiário do crédito direto ao consumidor.

A propriedade da credora é, outrossim, onerada com um encargo, pois, não pago oportunamente o preço, a financeira recupera a posse direta do bem, mas com o encargo de vendê-lo para “aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver” (art. 66, § 5.º, da Lei n.º 4.728), não podendo ficar com a coisa alienada (art. citado, § 7.º).

6. Por sua vez, o devedor é um possuidor com as responsabilidades de depositário (art. 66, § 2.º), que se apresenta como uma espécie de promitente comprador, cuja aquisição da propriedade depende de condição suspensiva, que consiste no pagamento integral do preço. À sua posição, no fundo, se aproxima da do titular do direito de aquisição da propriedade mediante retrovenda, que o Código Civil admite nos arts. 1.140 e seguintes, em relação aos imóveis, com efeitos reais, com a diferença de se tratar, na alienação fiduciária, de um pagamento a prazo. A liquidação do débito é, assim, a condição que resolve a propriedade do adquirente fiduciário (instituição financeira) e cria a propriedade do devedor, beneficiário do crédito direto ao consumidor ou alienante fiduciário.

O § 2.º do art. 66 esclarece que, enquanto não pago o débito, subsistem duas posses: a direta do devedor e a indireta do credor ou adquirente fiduciário (instituição financeira).

7. O título do devedor como possuidor direto é o instrumento da alienação fiduciária, de tal modo que a sua posse é justa e legítima enquanto cumprir as suas obrigações e estiver em dia com as prestações. A partir do momento em que houver, de sua parte, mora ou inadimplemento, a posse do devedor deixa de ser legítima e êle se transforma num esbulhador ou turbador da posse, contra quem podem ser utilizadas as medidas possessórias.

8. A lei caracterizou a situação do devedor como depositário (art. 66 citado, § 2.º) e considerou crime capitulado no art. 171, § 2.º, inciso I do Código Penal, a nova alienação real ou fiduciária a terceiro do bem que já tenha anteriormente sido objeto de alienação fiduciária (§ 10 do art. 66).

9. Admitiu-se, finalmente, que o credor pudesse reivindicar o objeto alienado fiduciariamente, utilizando a faculdade atribuída ao proprietário de reaver o bem de quem quer que injustamente o possua (§ 3.º do art. 66 e art. 524 do Código Civil). É o direito de sequela que se exerce contra todos os terceiros não proprietários (*erga omnes*).

10. Temos, assim, na alienação fiduciária duas situações que são as seguintes:

a) uma propriedade resolúvel e com encargo do adquirente fiduciário, que também é possuidor indireto;

b) uma promessa de compra e venda pendente de condição suspensiva, em favor do alienante fiduciário ou devedor, cuja posse direta é revogada de pleno direito, no caso de mora ou inadimplemento.

O credor é, pois, o adquirente ou proprietário fiduciário e possuidor indireto e o devedor é o depositário, alienante fiduciário, promitente comprador, possuidor direto com título legítimo para possuir, enquanto estiver em dia com as suas obrigações contratuais assumidas em favor do credor.

11. Inspirou-se a nossa alienação fiduciária no *trust receipt* do direito anglo-americano, que se desenvolveu recentemente para permitir o empréstimo com o recebimento de uma garantia consistente na propriedade de mercadorias, que ficam em poder do devedor, embora pertencentes, até o final pagamento do débito, ao credor. Não há, no caso, dupla propriedade, mas propriedade única e exclusiva do credor, que se extingue com o pagamento do débito e então se transfere automaticamente ao devedor.

12. A doutrina brasileira entendeu, oportunamente, que era preciso criar o novo instituto, a fim de dar a necessária eficiência e as garantias adequadas às novas formas de crédito que foram sendo institucionalizadas.

13. Assim, na sua excelente monografia sobre *Negócio Fiduciário*, escreve OTTO DE SOUZA LIMA:

“Dentro de sistemas jurídicos mais ou menos completos, como o são os atualmente existentes, haveria necessidade de, renascendo velha instituição, estruturar o negócio fiduciário? As condições atuais da vida e as necessidades práticas da civilização moderna, sem dúvida alguma, impõem uma resposta afirmativa. O crescer contínuo das atividades sociais, hoje, como ontem, impõe novas formas jurídicas, denunciando a insuficiência das atualmente existentes. O negócio fiduciário tem, portanto, hoje, sua explicação na insuficiência dos esquemas jurídicos das legislações modernas”. (*Negócio Fiduciário*, Ed. da Revista dos Tribunais, 1962, pág. 157).

E ANTÃO DE MORAES acrescenta:

“A escassez dos esquemas jurídicos, previstos pelo legislador, é que obriga as partes a recorrer a esse meio indireto para obter solução de certas dificuldades criadas pelas circunstâncias especiais de seus negócios”. (*Problemas e Negócios Jurídicos*, ed. Max Limonad, São Paulo, vol. 1.º, Direito Civil, pág. 386).

Idêntica é a lição de FRANCISCO FERRARA:

“Na prática, recorre-se a esta espécie de negócios (fiduciário), ou para suprir uma deficiência do direito positivo que não oferece a forma correspondente a uma certa finalidade econômica ou a oferece, mas ligada a dificuldades e inconvenientes, ou então para obter quaisquer vantagens especiais que resultam desta forma indireta de proceder. O negócio fiduciário serve para tornar possível a realização de fins que a ordem jurídica não satisfaz, para atenuar certas durezas que não se compadecem com as exigências dos tempos, para facilitar e acelerar o movimento da atividade comercial”. (*A Simulação dos Negócios Jurídicos*, trad. de A. Bossa, São Paulo, 1939, pág. 76).

14. Cabendo ao direito ser um catalizador do desenvolvimento econômico e um criador de novas estruturas para cons-

truir o futuro do país em termos dinâmicos, encontrando as fórmulas adequadas para os diversos tipos de atividades e especialmente para as diferentes formas de crédito, a alienação fiduciária significou, incontestavelmente, uma importante contribuição do legislador para superar as formas obsoletas de garantia e permitir a rápida e segura disseminação do crédito direto ao consumidor, que não poderia ter ocorrido com os instrumentos jurídicos anteriormente existentes.

Tratou-se, pois, de uma adaptação oportuna e feliz, que enriqueceu o nosso direito comercial. A única crítica que se pode fazer ao legislador foi de ter sido, no particular, excessivamente lacônico e conciso, não regulamentando exaustivamente o novo instituto e deixando, assim, os nossos tribunais perplexos quanto às conclusões que deviam extrair do novo texto legal.

## II. DÚVIDAS JURISPRUDENCIAIS

15. Foram, pois, suscitadas dúvidas pela jurisprudência na aplicação dos remédios judiciais cabíveis nos casos de inadimplemento, pois o art. 66 da Lei do Mercado de Capitais se cingira a enunciar as normas de direito substantivo e não fixara a processualística adequada para os casos de mora ou não pagamento pelo devedor.

16. Ao contrário, a terminologia empregada pelo legislador deixava margem a algumas alternativas, pois reconhecia que o devedor e o credor eram ambos *possuidores*, enquanto o primeiro também era *depositário* e se atribuía ao adquirente fiduciário o direito de *reivindicar* o bem. Puderam, assim, escolher os magistrados entre as mais variadas ações, desde a *reintegração* e a *imissão de posse* até a *reivindicatória*, passando pela *ação ordinária*, sem que houvesse a respeito consenso dos nossos tribunais, embora as sentenças proferidas se apresentassem bem fundamentadas e revelassem incontestável vontade de acertar por parte dos seus prolores. Mas nada é mais contraproducente para a segurança jurídica do que a ausência de uniformidade jurisprudencial, que acaba ensejando, nas discussões preliminares dos processos quanto ao rito, a protelação e a procrastinação do feito, que não é julgado no mérito, impedindo ou dificultando a satisfação do credor e, conseqüentemente, a rotatividade necessária e indispensável ao crédito, além de provocar o aumento das taxas de juros, diante da incerteza quanto ao prazo da liquidação do débito no caso de mora.

17. Neste sentido, os próprios juizes reconhecem a necessidade de se elaborar, com urgência, "uma lei de cunho pro-

cessual para estabelecer o processamento de tais ações”, como bem salienta o eminente magistrado e professor Dr. PENALVA SANTOS, no estudo que publicou sobre a alienação fiduciária no *Correio Econômico* (Suplemento do Correio da Manhã), de 3 de outubro de 1968.

18. Se todos admitem a possibilidade de se usar inicialmente a busca e apreensão, as maiores divergências surgem quanto ao modo de prosseguir após a decisão da medida preventiva.

19. Na Guanabara, o Dr. JOÃO BOSCO CAVALCANTI LANA, Juiz de Direito em exercício na 8.<sup>a</sup> Vara Cível, entende que, após a busca, o credor pode optar entre a venda judicial do bem e uma ação reivindicatória. (*Diário Oficial da Guanabara*, Parte III, de 31-10-1968, pág. 16.054, decisão proferida na Busca e apreensão requerida pela Decred S.A., Financiamentos, Investimentos e Crédito contra Nair Gomes Doblas).

20. Em São Paulo, duas decisões da 10.<sup>a</sup> Vara Cível e uma sentença do Juiz da 14.<sup>a</sup> Vara Cível, entenderam que eram próprias para a execução da alienação fiduciária respectivamente a ação de depósito e a ação de reintegração de posse, considerando o Dr. ÊNNIO BASTOS DE BARROS, quando juiz titular da referida Vara, que o rito deveria ser o da imissão de posse. (*O Estado de São Paulo*, de 8-12-1968, pág. 58).

21. O Juiz ANTÔNIO CARLOS ALVES BRAGA, também da justiça paulista, julgou o adquirente fiduciário carecedor da ação de depósito, pois entendia que o devedor não tinha a qualidade de depositário. (Ap. *O Estado de São Paulo*, de 24-11-1968, pág. 57).

22. Por sua vez, entendeu o Dr. LUIZ CORREA FRAZÃO que o credor não é, no caso, possuidor, nem é depositário o devedor, podendo, tão-somente, no caso de inadimplemento, o adquirente fiduciário requerer a busca e apreensão e, em seguida, baseado no seu título, intentar a ação de imissão de posse, que é “a ação do proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário”, na definição clássica de WIELAND.

23. Em outra decisão paulista, o Juiz em exercício na 10.<sup>a</sup> Vara Cível da capital, Dr. SIDNEY SANCHES, distinguiu entre “ter as responsabilidades de depositário” e “ser depositário”, para concluir que a Lei do Mercado de Capitais não transformara o devedor na alienação fiduciária em verdadeiro depositário, atribuindo-lhe apenas as obrigações e responsabilidades decorrentes do depósito “enquanto não se chocam com os demais princípios observáveis”. (*O Estado de São Paulo*, de 27-10-1968).

24. Um observador arguto teve o ensejo de comentar a respeito da recente jurisprudência na matéria que:

“De qualquer forma, temos como certo que os reflexos decorrentes da interpretação judiciária referida trarão pesados ônus ao mercado de capitais com conseqüências danosas para a indústria e comércio, com a retomada da inflação de custos, pela queda do consumidor final”. (*O Estado de São Paulo*, de 8-12-1968).

25. Verificamos, assim, que as decisões da jurisprudência, tanto da Guanabara como de São Paulo, negam ao devedor a situação jurídica de depositário e nem sempre concedem ação possessória ao credor, remetendo-o para o processo petitório e modificando assim, por completo, o espírito e a letra do art. 66 da Lei do Mercado de Capitais, que estruturou a alienação fiduciária.

26. Na Guanabara, o problema teve uma primeira solução com a providência oportuna do Exmo. Sr. Desembargador-Corregedor ELMANO CRUZ, que baixou o Provimento n.º 103, de 30 de outubro passado, resolvendo:

“Determinar ao Serviço de Distribuição que os pedidos de buscas e apreensão formulados sob a égide da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, sejam distribuídos na classe XI, por se tratar de *procedimento autônomo que se inicia e se exaure dentro dos termos da mesma Lei n.º 4.728, de 1965*, efetuando-se o registro nos Distribuidores na forma seguinte:

“Busca e Apreensão — Lei n.º 4.728”: (in *Diário Oficial do Estado da Guanabara*, Parte III, de 31-10-1968, pág. 16.046).”

27. O Provimento foi muito feliz ao endossar e ratificar o entendimento dominante na Comissão de Advogados, que examinou a alienação fiduciária na ADECIF e que concluiu no sentido de que o procedimento judicial da execução e alienação fiduciária devia exaurir-se com a busca e apreensão, sem necessidade de ser intentada qualquer outra ação posterior. Realmente, efetivada a *busca* e julgado o respectivo processo, o credor ou adquirente fiduciário passa a ser, não só proprietário, como também possuidor pleno e exclusivo. Pode e deve, então, alienar o bem da maneira que mais lhe convier, aplicando o preço para o pagamento do débito existente e respectivas despesas processuais, inclusive honorários de advogado e devolvendo o saldo, se

houver, ao devedor, tudo nos precisos termos do art. 66 da Lei do Mercado de Capitais.

28. Qualquer litígio posterior entre as partes nada mais tem com o objeto vendido, que passa a ficar livre e desembaraçado, sendo suscetível de ser revendido a qualquer tempo. Pode a divergência entre devedor e credor dar, conforme o caso, margem a uma consignação em pagamento, a uma ação ordinária ou até a uma prestação de contas, procedimentos que, todavia, não evitam nem impedem a alienação do bem e a sua disponibilidade pelo adquirente fiduciário e asseguram, pois, o funcionamento normal da rotatividade do crédito, condição indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento em bases economicamente razoáveis e suportáveis para os beneficiários do crédito direto ao consumidor.

29. A determinação do eminente Desembargador ELMANO CRUZ, contida no referido Provimento, não constitui, todavia, uma solução definitiva para o problema, pois, além de somente vincular a Justiça do Estado da Guanabara, é um comando destinado aos Distribuidores e ao Serviço de Distribuição, que não se impõe, necessariamente, aos Drs. Juizes de Direito, embora funcione como uma interpretação construtiva recomendável e de incontestável valor programático.

30. As indecisões continuam, todavia, dominando a primeira instância, enquanto os Tribunais de Justiça não se manifestam sobre a processualística da execução da alienação fiduciária. Mesmo na Guanabara, ainda recentemente, o douto Juiz e Professor de Direito, Dr. SEMY GLANZ, transformou uma reintegração de posse decorrente de alienação fiduciária em ação ordinária, entendendo que o adquirente fiduciário não é possuidor, embora pudesse, baseado no seu título, obter previamente a busca e apreensão como medida acautelatória. (*Diário Oficial do Estado da Guanabara*, Parte III, de 30-12-1968, págs. 19.420 e 19.421). A bem fundamentada sentença, prolatada por um dos mais brilhantes juizes da nova geração, datada de 19 de dezembro passado, é sintomática do verdadeiro caos jurisprudencial existente na matéria quando, conforme o caso, se recomenda a reintegração ou a imissão de posse, a ação ordinária ou a ação de depósito.

### III. SOLUÇÃO LEGISLATIVA

31. É evidente que uma solução se impõe a curto prazo e que ela deve ser legislativa, pois não há tempo para aguardar que, nos próximos quatro ou cinco anos, o Supremo Tribunal Federal venha unificar a jurisprudência existente na matéria,



baixando, para tanto, uma das suas súmulas, tanto mais que até agora desconhecemos qualquer julgamento proferido em segunda instância.

32. Acresce que os problemas econômicos exigem soluções rápidas e que o nosso incipiente mercado de capitais impõe tôdas as cautelas para que possa desenvolver-se progressiva e ordenadamente.

33. A questão não é simplesmente regulamentar, pois abrange a elaboração de normas processuais que devem ser criadas para o caso, não se integrando, na realidade, a execução da alienação fiduciária em nenhum dos casos específicos previstos pela sistemática processual vigente, embora haja uma certa analogia com o procedimento da venda com reserva de domínio, na qual, todavia, se admite que o vendedor possa ficar com o objeto vendido, o que é vedado pela lei no caso da alienação fiduciária.

34. A estrutura processual a mais adequada parece ser a sugerida pela comissão de advogados organizada especialmente para êste fim pela ADECIF, que coincide com o entendimento do eminente Desembargador-Corregedor da Justiça da Guanabara no Provimento n.º 103, admitindo-se uma busca e apreensão que exauriria o procedimento judicial e cuja decisão encerraria o litígio, liberando o bem dado em garantia para que o mesmo fôsse vendido amigável ou judicialmente pelo adquirente fiduciário. Adaptar-se-ia, para tanto, o rito da busca e apreensão para o caso específico da alienação fiduciária, dando-lhe maior celeridade e dispensando-se a avaliação do bem. Na hipótese, o processo em vez de ser preventivo seria autônomo, independente e exaustivo, encerrando o litígio. Após a busca e apreensão, vender-se-ia o bem e as eventuais divergências entre credor e devedor se resumiriam numa prestação de contas, sem qualquer prejuízo para a rotatividade do crédito.

35. A legislação referente à matéria abrange o mercado de capitais e até, em certo sentido, a política financeira do governo, de modo que caberia a sua regulamentação em decreto-lei, nos termos da Constituição vigente, e *a fortiori* justificar-se-ia a utilização do decreto-lei em virtude do recesso do Congresso Nacional, na forma do Ato Institucional n.º 5.

36. A fim de dirimir dúvidas e divergências decorrentes do art. 66 da Lei n.º 4.728, caberia incluir no decreto-lei algumas normas que deixassem inequívocas as respectivas situações jurídicas do credor e do devedor, restabelecendo-se, por exemplo, a equiparação completa do alienante fiduciário ao depositário para todos os fins, tanto cíveis como criminais. A caracterização da mora também poderia ser objeto de norma pró-

pria atendendo às divergências existentes na matéria entre as normas de direito civil e comercial. Finalmente, a matéria processual deveria ser tratada como uma regulamentação nova e exaustiva para evitar que a aplicação analógica ou complementar de outras disposições legais pudesse suscitar novas dúvidas ou conflitos quanto aos traços peculiares da alienação fiduciária e desse margem a novas distorções.