



# PARECERES

---

APELAÇÃO CÍVEL N.º 65.726/69

1.ª Câmara Cível

Apelante: Fonseca Bittencourt S/A Engenharia, Comércio e Indústria e Outro.

Apelado: Brasil Central S/A Bracinvest, Investimentos, Crédito e Financiamento.

## PARECER

*Alienação fiduciária. Situações jurídicas "sui generis" das partes. Atipicidade do negócio jurídico. Ação cabível no caso de inadimplemento do fiduciante. Não cabimento, em princípio, de condenação em perdas e danos pelo mau uso da coisa.*

1. Trata-se de *alienação fiduciária*, contrato em que o *fiduciante* (devedor) obtém financiamento da *fiduciária* (credor) para adquirir bens de terceiro, ficando a guarda dos mesmos com o *fiduciante*, que não pode deles dispor, enquanto não pagar o empréstimo, podendo o *fiduciário*, no caso de mora ou de inadimplemento, reavê-los, não para os incorporar a seu patrimônio, mas para vendê-los, a fim de ser pago o débito mais as despesas, sendo do *fiduciante* o saldo.

Tal negócio jurídico, cujas raízes históricas podem ser encontradas no Direito Romano, que dele abusou, recebeu entre nós tratamento especial na Lei do Mercado de Capitais (lei 4.728, de 1965), que tem gerado dúvidas, não só quanto à natureza das situações jurídicas das partes oriundas de tal negócio, como também quanto à ação cabível no caso de inadimplemento.

2. No presente caso, tendo ocorrido o inadimplemento do fiduciante (devedor), foi proposta *ação de depósito*. Depositados os tratores; vistoriados; foi pericialmente constatado estarem danificados pelo mau uso. Por tal motivo, a sentença condenou os réus em perdas e danos, a serem apurados em ação própria, mais custas e honorários, em 10%. Daí a presente apelação, em que o apelante argúi nulidade, em virtude de ter ocorrido o prosseguimento da ação sem ter sido citado um dos réus e em virtude de ter o autor desistido, depois da contestação, da ação contra o réu não citado sem a anuência dos demais réus citados, objeto de agravos, bem como nulidade pela impropriedade da ação proposta.

3. Vejamos os agravos. A nosso ver, não devem ser providos. Quanto ao primeiro (fls. 131), porque, havendo solidariedade confessada pelo próprio recorrente, o credor, ora apelado, pode acionar qualquer um dos devedores, não estando obrigado a acionar todos. Assim, em virtude da solidariedade, o credor pode desistir da ação contra um dos devedores, prosseguindo contra os demais, sem que estes possam impugnar a desistência, pelo simples fato de que o credor pode exigir a prestação de um dos devedores. Improcede o segundo agravo (fls. 153), não só por tais motivos, mas também porque o autor só não pode desistir da ação, depois da contestação, contra o réu citado, que a contestou, porém pode contra o réu não citado. A ação é uma simples faculdade do credor, e não uma faculdade-dever.

4. Finalmente, quanto à propriedade da ação, a questão é controvertida, sendo omissa a lei nesse ponto, inexistindo, na jurisprudência, base sólida para ser construída uma solução. A nosso ver, o devedor, antes de pago o débito, é mero depositário *sui generis*, pois tem a condição de *depositário* (art. 66, § 2.º da lei 4.728) e as faculdades de quem tem posse. Tendo em vista tal situação, pensam alguns caber, no caso de inadimplemento do fiduciante, *ação de depósito*. Entretanto, dois ou três julgados de São Paulo, publicados no *O Estado de S. Paulo*, não seguem tal direção, pois, apontam a *possessória* como ação cabível. Entretanto, entre nós, houve um julgado que transformou a ação de depósito em *ação ordinária*. Porém, a maioria entende que *Busca e Apreensão* é cabível. Tal medida visa a retirar a coisa do poder de quem a detém ilegítimamente para colocá-la à disposição de quem sobre ela tem direito. De certa forma, a ação de depósito, sem se confundir tecnicamente com tal medida, chega, na prática, ao mesmo resultado. Assim, considerando, como consideramos, dever o Direito dar soluções práticas, e não se perder em questões acadêmicas, que complicam e não conduzem, na maioria das vezes, a resultado algum; considerando que o devedor (fiduciante), na alienação fiduciária, tem a *guarda* da coisa; considerando que tal guarda é *sui generis*, pois atribui-lhe faculdades da posse; considerando que, no caso concreto, o *fiduciante* é *depositário* (cláusula 11), tendo assim, por força do contrato, mais do que a mera *condição* de depositário; considerando que a lei silencia

quanto à ação cabível no caso de mora ou inadimplemento do fiduciante e a jurisprudência não se firmou ainda nesse terreno, flutuando entre a *ordinária*, a ação de *depósito*, a *reintegração de posse* e a *imissão de posse*; considerando que a atipicidade da alienação fiduciária permite apontar como cabível, no caso de inadimplemento, uma dessas ações, pois dá origem a situações jurídicas decorrentes de mais de um instituto jurídico: depósito comodato em virtude de o fiduciante ter o uso gratuito da coisa, posse e promessa de venda com reserva de domínio; considerando que apesar da divergência reinante, há acôrdo quanto à *busca e apreensão* como medida cabível; considerando que, no presente caso, a coisa, objeto do negócio fiduciário, já está depositada, à disposição do credor (fiduciário); considerando que tal resultado não difere do que seria o atingido com busca e apreensão, reputada como cabível; considerando tôdas essas circunstâncias e questões de direito, é que opinamos pela rejeição da preliminar de não-cabimento da ação, por entendermos, havendo inadimplemento do devedor, caber, no caso de alienação fiduciária, a ação de depósito. Aliás o Professor VICENTE RAO, em parecer, acompanhado de sugestões para a reforma da Lei do Mercado de Capitais, aponta a ação de *depósito* como cabível no caso de inadimplemento do fiduciante, e o ilustre Des. LUIZ ANTONIO DE ANDRADE acaba de apresentar anteprojeto de lei reformador da referida lei, dando no art. 13, ao credor, a ação de *depósito* para recuperar a coisa no caso de inadimplemento do devedor.

5. Colocada a questão nestes termos, parece-nos que as demais questões não oferecem dificuldade, salvo a que diz respeito à condenação em perdas e danos, que achamos não ser aqui cabível. E assim pensamos por entendermos que *dano* significa diminuição de um patrimônio. Ora, na alienação fiduciária, o credor não tem domínio, não sendo proprietário da coisa negociada, que assim não está integrada em seu patrimônio. Tem crédito, e não domínio. Direito pessoal garantido pela coisa, e não direito real. Sendo assim, tècnicamente, não se pode dizer ter o credor sofrido diminuição em seu patrimônio em virtude do mau uso da coisa, ou seja, ter sofrido dano com o mau uso do objeto negociado. Tanto é assim que, recuperado o objeto do negócio, não é incorporado ao patrimônio do credor, pois deve ser vendido para ser obtido o saldo devedor mais despesas, sendo do devedor o que restar (art. 66, § 5, da lei 4.728). É certo que o depositário, com direito de usar a coisa, tem a obrigação de guardá-la com tôda diligência, respondendo, conseqüentemente, pelo mau uso. Todavia, tal regra supõe que o depositante tenha direito à coisa, que esteja ela incorporada a seu patrimônio, o que não ocorre com o fiduciário, que tem direito de exegila, no caso de inadimplemento, para vendê-la, a fim de ser saldado o débito. Tendo em vista que o objeto negociado, tratores, em face da desvalorização da moeda, deve ter adquirido nôvo valor, fatalmente superior ao saldo devedor mais despesas, não vemos razão, *no momento*, para a condenação em perdas e danos. Se a venda do objeto depositado

não atingir, em face do estado em que se encontra, o valor do débito, terá então o credor direito a propor ação para obter o que faltar, ou seja, perdas e danos, no montante do que faltar, tendo como prova a perícia realizada nesta ação.

6. Quanto aos honorários, 10% sobre o valor da causa, é condenação usual e moderada.

Pelo provimento em parte do recurso, para excluir perdas e danos da condenação.

Rio de Janeiro, 5 de agosto de 1969.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO  
7.º Procurador da Justiça

---

## APELAÇÃO CÍVEL N.º 13.215

### 6.ª Câmara

*Apelantes:* 1.º) Espólio de Aroldo Leitão da Cunha, por sua inventariante Angelina de Carvalho Leitão da Cunha.

2.º) Alde Feijó Sampaio.

*Apelados:* Os mesmos.

I — *É válida a promessa de compra-e-venda de imóvel inalienável, desde que ajustada sob condição suspensiva da sub-rogação judicial do ônus em outros bens e sem ofensa às regras estatuídas para o processo respectivo.*

II — *A sub-rogação não constitui condição juridicamente impossível, porque não é vedada no sistema do Código Civil.*

III — *Não realizada a condição suspensiva sem culpa dos contratantes, desfaz-se o negócio jurídico, cabendo-lhes restituir as prestações provisoriamente cumpridas.*

### PARECER

1 — O DR. AROLDO LEITÃO DA CUNHA, com a necessária assistência da espôsa, sendo senhor e possuidor de propriedade agrícola havida em pagamento da legítima paterna, gravada da cláusula de inalienabilidade, prometeu vendê-la, *sub conditione* de obter prévia sub-rogação judicial do ônus em outros bens.