**MARIA SERINA AREIAS DE CARVALHO**

# PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

## BENS MÓVEIS E IMÓVEIS

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**ORIENTADOR: PROF. TITULAR DR. CARLOS ALBERTO DABUS MALUF**

**FACULDADE DE DIREITO DA USP**
**SÃO PAULO**
**2009**

**MARIA SERINA AREIAS DE CARVALHO**

# PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

## BENS MÓVEIS E IMÓVEIS

Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Titular Dr. Carlos Alberto Dabus Maluf.

**FACULDADE DE DIREITO DA USP**
**SÃO PAULO**
**2009**

*Aos meus pais que muito me auxiliaram nesta jornada acadêmica, compartilhando dos percalços e das alegrias, tornando possível a concretização deste sonho.*

## AGRADECIMENTOS

No decorrer deste trabalho, lembro que em Deus busquei forças para ultrapassar quaisquer obstáculos, eis o meu agradecimento.

Agradeço ao prof. Carlos Alberto Dabus Maluf pela maestria e precisa orientação. Observações acuradas de inegável valia, que em muito contribuíram para a realização da dissertação.

Deixo o meu reconhecimento e minha estima à profª. Esther Galvão e à colega Elisabete L. Rocha.

Sou grata aos meus colegas e professores com quem tive o privilégio de compartilhar as salas de aulas no curso de pós-graduação.

Ressalto a valiosa colaboração do meu querido amigo Marcelo Tarraf, que muito me auxiliou na pesquisa jurisprudencial.

Não poderia deixar de mencionar minha gratidão a todos que me auxiliaram nas pesquisas, dentre eles especialmente os funcionários da biblioteca circulante, Márcia e Aurélio.

Com carinho, agradeço aos meus pais sempre presentes.

“O mestre que caminha à sombra do templo, rodeado de seus discípulos, não dá de sua sabedoria, mas sim de sua fé e ternura”.

“Se ele for verdadeiramente sábio, não vos convidará a entrar na mansão de seu saber, mas vos conduzirá antes ao limiar da própria mente”.

GIBRAN, Gibran Kalil. *O profeta*. trad. Mansour Challita. Rio de Janeiro: ACIGI, [s.d], p.53.

## RESUMO

A presente dissertação começa com a evolução histórica de dois importantes institutos jurídicos, a fidúcia e a propriedade, a partir das raízes romanas. Já no direito brasileiro analisamos o conceito de negócio fiduciário e figuras afins, então passamos a estudar o contrato de alienação fiduciária. Em seguida abordamos a propriedade fiduciária, sua evolução legislativa no direito pátrio, e seus desdobramentos envolvendo móveis e imóveis, onde estabelecemos o conceito, a natureza jurídica, seus elementos constitutivos, e as conseqüências de seu inadimplemento. Não olvidamos o aspecto processual e as questões controvertidas, como a falência, a recuperação judicial e o cabimento ou não da prisão civil, dentre outros. No decorrer deste trabalho procuramos analisar crítica e comparativamente as figuras afins ao instituto da propriedade fiduciária e estabelecer as similitudes e diferenças em cada sistema estudado, assim como individualizar estes institutos previstos no Código Civil de 2002 e na Lei n. 9.514/97. Enfim, nosso estudo não estaria completo sem pesquisar a fidúcia nos sistemas francês, italiano e anglo-americano.

## ABSTRACT

This paper begins with the historical evolution of two important legal institutes, trust and ownership, since the Roman roots. However, in Brazilian law we analyze the concept of deed of trust and similar institutions, thus we will study the chattel mortgage agreement. Afterward, we will focus fiduciary ownership, its legal evolution in the Brazilian law, as well as, its divisions involving real and personal property, in which we set forth the concept, legal nature, its constitutive elements and the consequences arisen from its non-performance. We have not forgotten the procedural aspect and controversial issues as: bankruptcy, judicial recuperation and the acceptance or not of civil imprisonment, among others. During this work we tried to analyze both critically and comparatively, similar figures of the fiduciary ownership institute and establish the similarities and differences in each of the systems we studied, as well as individualize the institutes provided in the Civil Code of 2002 and in Act No. 9.514/97. Finally, our study would not be complete without researching trust in the French, Italian and Anglo-American systems.

# SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO**.....p.01

**CAPÍTULO 1. ESCORÇO HISTÓRICO** .....p.03

1. A FIDÚCIA. .....p.03
   1.1. DIREITO ROMANO. .....p.03
   1.2. DIREITO GERMÂNICO .....p.11
   1.3. DIREITO INGLÊS .....p.13
2. A PROPRIEDADE .....p.16
   2.1. DO DIREITO ROMANO À DOUTRINA DE DUGUIT.....p.16
   2.2. FUNÇÃO SOCIAL E LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE p.22

**CAPÍTULO II. ASPECTOS GERAIS DA FIDÚCIA LEGAL NO BRASIL**....p.26

1. DIFERENÇAS E SIMILITUDES ENTRE NEGÓCIO SIMULADO, NEGÓCIO INDIRETO E NEGÓCIO FIDUCIÁRIO .....p.26
2. ANÁLISE DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA .....p.34
   2.1. O CONTRATO E SUA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA .....p.34
   2.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS .....p.38
   2.3. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL .....p.39

**CAPÍTULO III. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA**.....p.44
1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA .....p.44
2. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE BEM MÓVEL E IMÓVEL .....p.45
   2.1. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E REQUISITOS.....p.45
   2.2. DOS DIREITOS, DEVERES E OBRIGAÇÕES DO FIDUCIÁRIO E DO FIDUCIANTE.....p.48
   2.3. INADIMPLEMENTO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS .....p.49
   2.4. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A LEI N.4.728/65 .....p.52
3. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E OUTRAS FIGURAS .....p.53
   3.1. HIPOTECA .....p.53
   3.2. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA.....p.55
4. CARACTERÍSTICAS COMUNS À PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE BEM MÓVEL (CC/2002) E IMÓVEL (LEI N.9514/97) .....p.57
   4.1. O REGISTRO .....p.57
   4.2. ESCOPO DE GARANTIA .....p.58
   4.3. CONDIÇÃO RESOLUTIVA .....p.59
   4.4. VEDAÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO.....p.60

**CAPÍTULO IV. ASPECTO PROCESSUAL** .....p.62
1. A EFETIVIDADE DO PROCESSO .....p.62
2. TUTELA ANTECIPADA .....p.67
3. A NOVA EXECUÇÃO CIVIL.....p.74
4. O PROCEDIMENTO DO DECRETO-LEI N.911/69 .....p.79

**CAPÍTULO V. QUESTÕES CONTROVERTIDAS**.....p.90
1. A APLICABILIDADE DO CDC NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E NO LEILÃO EXTRAJUDICIAL DE IMÓVEIS .....p.90
2. FALÊNCIA E GARANTIA FIDUCIÁRIA .....p.95
3. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E GARANTIA FIDUCIÁRIA.....p.99
4. SITUAÇÃO DO IMÓVEL LOCADO .....p.110
5. DA PRISÃO CIVIL.....p.113

**CAPÍTULO VI. OUTROS SISTEMAS**.....p.120
1. DIREITO FRANCÊS .....p.120
2. DIREITO ITALIANO .....p.123
3. DIREITO ANGLO-AMERICANO.....p.126

**CONCLUSÃO**.....p.132

**REFERÊNCIAS** .....p.135

**APÊNDICES** .....p.148

A. Quadro sobre o procedimento da falência .....p.148

B. Quadro sobre o encerramento da falência e a extinção das obrigações do falido.p.149

C. Quadro sobre o procedimento de recuperação judicial - simplificado .....p.150

D. Quadro sobre o procedimento de recuperação judicial – completo.....p.151

## INTRODUÇÃO

O crédito é um dos pontos mais discutidos nas modernas economias. A inviabilidade de acesso ao crédito traz repercussões de ordem econômica que engessam a capacidade do mercado de suprir as carências de consumo, por meio da produção de bens e circulação de riquezas. O risco é inerente ao crédito e, portanto, ao ser analisado pelas financeiras influi no custo deste, o que traz reflexos no desenvolvimento dos mercados.

Nesse contexto, os instrumentos de garantia tradicional como o penhor e a hipoteca já não atendiam as necessidades de garantia do mercado financeiro. O penhor pela exigência da efetiva tradição. A hipoteca por ser de incidência restrita aos imóveis, pelo extenso prazo de sua duração e em razão das dificuldades na excussão do bem.

Diante da necessidade de novos instrumentos de garantia capazes de atender às exigências da vida mercantil, criou-se a alienação fiduciária em garantia regulada pelo art. 66 da Lei do Mercado de Capitais. Optando o legislador por uma solução restritiva aos móveis.

Caio Mário buscou introduzir o negócio fiduciário, no ordenamento pátrio, ao colaborar com o Projeto de Código de Obrigações de 1965, desenvolveu o contrato de fidúcia (art.672), que não foi aproveitado pelo Anteprojeto de 1973.

Com a vigência da Lei n.9.514/97 passou-se a vislumbrar concretamente a propriedade fiduciária de imóvel, já admitida pela doutrina e jurisprudência.

O Código Civil de 2002 regulamentou a propriedade fiduciária de bem móvel infungível, continuando o Decreto-lei n.911/69 a ser aplicado em matéria de ordem processual. Na exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil, Miguel Reale escreveu que a propriedade fiduciária foi disciplinada consoante proposta feita por Moreira Alves. Muito se discutiu acerca da classificação desse novo instituto, vindo a prevalecer a posição daqueles que entendiam tratar-se de nova modalidade de domínio limitado pelo escopo de garantia.

A propriedade fiduciária é o tema deste trabalho acadêmico. Consideramos como objeto de estudo a propriedade fiduciária de bem móvel ou imóvel infungível.

Para completar esse cenário, a Lei n.10.931/2004 introduziu o art. 66-B na Lei do Mercado de Capitais, passando a contemplar uma nova espécie de propriedade

fiduciária de bem móvel, cuja característica é a fungibilidade, motivo pelo qual recebeu muitas críticas da doutrina.

Assim no Brasil a fidúcia em sentido lato foi desenvolvida num amplo espectro, diferentes vertentes ora se aproximando de sua concepção romana, ora da concepção germânica. Criando contornos próprios a propriedade fiduciária parece ter natureza *sui generis*.

Indagamos de sua eficácia, enquanto instrumento de garantia do crédito e meio apto a satisfazer o credor de forma célere e efetiva. Então outras questões surgem. Tem a efetividade do processo civil alguma influencia ou papel a desempenhar diante do inadimplemento do devedor fiduciante? Seria o caso de admitirmos a antecipação dos efeitos da tutela na ação de busca e apreensão especial? Diante da consolidação da propriedade nas mãos do credor, medida gravosa, qual solução ou instrumento disporia o devedor que não se contentasse apenas com a liberação de eventual saldo remanescente e pleiteasse a manutenção da relação contratual?

Enfim uma gama de perguntas surgem.

Ao longo do presente estudo acadêmico pretendemos responder essas e outras questões, nos pautando em ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial, sem contudo termos a pretensão de esgotar esse assunto.

# CAPÍTULO I. ESCORÇO HISTÓRICO

## 1. A Fidúcia.

### 1.1. Direito Romano

Em sua origem a fidúcia romana foi tida como acordo consensual de natureza secreta, ligado a um ato solene e, portanto, desprovida de proteção. Do ponto de vista histórico é difícil precisar sua origem. Otto de Souza Lima admite-a segundo Jacquelin na Lei das XII Tábuas e entende como seu fundamento a honestidade e a confiança, e como sanção a consciência. Surge como pacto adjeto, uma cláusula secreta - Ihering – ou como "une contre-letre", segundo Geny, que se ligava a uma convenção solene, mediante fórmula translativa da propriedade, pela "mancipatio" ou pela "in iure cessio". Carlo Longo ao comentar a compilação de Justiniano explica o desaparecimento do instituto da fidúcia, considerada antiquada, apesar de presente nas Pandectas, onde o trabalho de Lenel foi responsável por afirmar sua substituição pelo penhor, depósito, comodato e mandato[1].

No direito romano, no período clássico, o "pactum fiduciae" aposto ao ato de alienação obrigava o fiduciário a devolver a coisa ao fiduciante ou a dar-lhe determinada destinação. Por ser desprovido da "actio" ao fiduciante restava confiar na boa-fé do fiduciário, já que não poderia compeli-lo, perante o pretor, a portar-se conforme o pactuado. Poderíamos conceber que esta obrigação possuía uma forte índole moral.

Segundo Eduardo Espínola, pela fidúcia[2] o devedor transmite ao credor uma coisa em plena propriedade, obrigando-se a não dispor dela, e a restituí-la com a extinção da dívida[3]. Para Pontes de Miranda, o direito romano empregava a fidúcia cum creditore contracta, que era alienação assecuratória. A ação para restituição era pessoal (actio fiduciae) e a condenação era com o labéu de infâmia (Gaio, IV, 182)[4]. Para Luiz A. Beck

---

1 LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.06-10.

2 "Alla valutazione complessiva della sua natura giuridica ci è ora spianata la via da quanto s'è detto. Intanto tutte le concezioni unitare della fiducia naufragano nell'esposta indipendenza degli effetti dell'atto solenne traslativo di proprietà da quelli del *pactum conventum*, indipendenza che molto accentuata da principio, ando via via attenuandozi senza che si possa dir mai venuta meno. Cosi è inaccetabile la costruzione di essa come alienazione condizionta risolutivamente(86), che non potrebe dirsi romanistica già per la considerazione che la mancipatio non tollerava nè una condizione (87), nè um modus (88) tendenti ad una restituzione" (MESSINA, Giuseppe. *Scritti Giuridice*: I Negozi Fiduciari. Milano: Dott. A Giuffrè, 1948, v.I, p.119.).

3ESPÍNOLA, Eduardo. *Os direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958, p.302.

4 PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*: parte especial. Direitos reais de garantia. hipoteca, penhor e anticrese. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t.XX, p.06.

da Silva, a fidúcia de origem romana era mais benéfica ao credor, dando-lhe maior segurança e deixava ao devedor apenas o direito à indenização[5].

Em Gaio[6] encontramos os textos mais completos sobre a fidúcia romana, com a definição do instituto, suas modalidades e a "actio fiduciae". Fala-nos o jurisconsulto Gaio sobre a "mancipatio", a "in iure cessio" e a "usureceptio" – que permitia após um ano retomar a coisa –, empregada como regra na "fiducia cum amico" e como exceção na "fiducia cum creditore", quitada a dívida ou tendo o devedor tomado a posse da coisa. Outra figura é a coempção fiduciária, compra fictícia para evitar a tutela.

Moreira Alves classifica o contrato de fidúcia como real porque mediante a "mancipatio" ou a "in iure cessio" se transfere a propriedade; bilateral imperfeito, pois sempre gera obrigações para o fiduciário e eventuais para o fiduciante e de boa-fé eis que presente a fides externada pelo "pactum fiduciae"[7].

Para Cretella Júnior, a fidúcia acompanha a transferência da propriedade realizada pela "mancipatio" ou pela "in iure cessio" [8].

Guilherme Guimarães Feliciano comenta que a obrigação do fiduciário de restituir o domínio da coisa após o adimplemento da dívida ou outra circunstância não é uma "obligatio propter rem", pois decorre diretamente do "pactum fiduciae" e não da propriedade em si, que é plena, incondicionada e desonerada em todos os sentidos[9].

Para Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, a mancipatio e a in iure cessio são modos de aquisição da propriedade. E o contrato, em direito romano, não tem eficácia para

---

5 SILVA, Luiz Augusto Beck da. Alienação fiduciária em garantia: história, generalidades, aspectos processuais, ações, questões controvertidas, legislação e jurisprudência do STF, STJ, TJ-RS, TA-RS, entre outros tribunais. 4.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.12.

6 Comentário Segundo. Ius quod ad res pertinent. Direitos que concernem à coisas.

"60. A fidúcia contrai-se com o credor a título de penhor ou com um amigo, que nos guarde os bens de modo mais seguro. Com efeito, contraída a fidúcia com um amigo, cabe sempre a usurrecepção. Se, porém, a dívida houver sido contratada com o credor, pode ser que o devedor não tenha alugado ao credor a coisa, nem lhe tenha pedido a posse a título precário, e, assim, cabe o usucapião lucrativo".

"61. Igualmente se alguém vender coisa que lhe foi penhorada e esta chegar à posse do primitivo dono, admite-se a usurrecepção e, nesse caso, o prédio é usurreceptado em dois anos, fato este denominado vulgarmente usurreceber a posse por praediatura, chamando-se praediator quem compra do povo (Et hoc est quod vulgo dicitur ex praeditura possessionem usurecipi, nam qui mercatur a populo, praediatur appellatur). (GAIUS. Institutas do jurisconsulto GAIO. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. Série RT Textos Fundamentais-9, p.84-85).

7 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6.ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.II, p. 125.

8 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*: o direito romano e o direito civil brasileiro, 21.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 286.

9 9 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia*: das bases romanas à Lei n. 9.514/97. São Paulo: Editora LTr, 1999, p.27.

determinar a aquisição da propriedade, pois produz apenas a atribuição de um crédito e a assunção de uma obrigação por parte dos sujeitos[10]. Os citados autores explicam que a "mancipatio" é um ato do ius civile que serve para a transferência e aquisição de poder sobre pessoas e coisas, se aplica às res mancipi e pode ser praticado apenas por quem tem o commercium. E a "in iure cessio" é um ato originado do processo e serve para a transferência, quer da res mancipi, quer da res nec mancipi"[11].

Otto de Souza Lima ao mencionar as obras de Julius Paulus, em passagens de suas Setentiae, com fundamento em Tedeschi escreve que na "fiducia cum creditore", a coisa ofertada pelo devedor, garantia do crédito, devia ser remancipada quando adimplida a obrigação e caso ocorresse a sua venda, o excesso, porventura, deveria ser devolvido ao devedor. O credor fiduciário sendo proprietário da coisa não poderia comprá-la, como no penhor, em que não se transfere a propriedade. Os romanos não admitiam a compra por uma terceira pessoa em nome do credor pignoratício ou fiduciário. Por outro lado, poderia o credor e o devedor acordar vedação da venda do objeto da fidúcia, desde que esse não fosse inadimplente, hipótese que a venda era permitida e não tinha o devedor a "actio fiduciae", apenas direito ao excesso[12].

Tratemos do "pactum fiduciae". Este elemento era responsável por limitar os efeitos da "datio", da transferência da propriedade, que se operava de forma plena, através da "mancipatio" ou da "in iure cessio", invocando a obrigação de restituir. Otto de Souza Lima busca em Jacquelin a decomposição da fidúcia romana em dois elementos: a "datio" e o "pactum conventum"[13]. Segundo Alfredo Buzaid no negócio fiduciário o "pactum fiduciae" confere eficácia obrigatória, que restringe e corrige a eficácia real do negócio fiduciário, essa é a posição de Rocangelo Nitti[14].

Para Moreira Alves o "pactum fiduciae" era o acordo de vontades entre o fiduciante e o fiduciário pelo qual se restituía a coisa ou dava-lhe determinada destinação, era um dos requisitos do "contractus fiduciae" e possuía eficácia pessoal, ou seja, para que o fiduciante se tornasse novamente proprietário seria necessária a transferência do domínio por uma dos modos de aquisição da propriedade, a "mancipatio" ou a "in iure cessio". Tal

---

10 CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.129.
11 CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.138.
12 LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.33-40.
13 LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.75.
14 BUZAID, Alfredo. *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia*: Lei n. 4728, art.66. ACREFI, São Paulo, 1969, p.32.

pacto era desprovido da “actio” restando apenas a “fides” no cumprimento por parte do fiduciário da restituição ou destinação convencionada. No período clássico o pretor o sancionou com a “actio in factum” e nos fins da República surgiram duas ações: (a) a “actio fiduciae directa” ao fiduciante e (b) a “actio fiduciae contraria” ao fiduciário[15].

Segundo Cretella Júnior, no direito romano o alienante tinha contra o adquirente sem palavra, a *usureceptio fiduciae* pela qual retomava o objeto e o usucapia durante um ano, sem o justo título e a boa-fé[16].

Para Mariano Navarro Martoreli a “actio fiduciae” tem sua base pretoriana[17].

Analisemos as modalidades de fidúcia romana.

Para Alexandre Correa e Gaetano Sciascia, a “fiducia cum.creditore” consistia numa “mancipatio” pela qual o devedor transferia ao credor a propriedade duma coisa, com o “pactum fiduciae”, que obrigava o credor a retransferir a propriedade da mesma ao devedor soluto, por meio de novo ato solene de transferência de propriedade. Se o credor, proprietário da coisa, dela dispusesse transferindo-a, o devedor não podia vindicá-la do terceiro adquirente[18].

A “fiducia cum creditore”, de natureza acessória, tinha a função de garantir um crédito. Importava na transferência da propriedade dos bens do devedor ao fiduciário pela “mancipatio” ou pela “in iure cessio” com a obrigação de restituição – através do “pactum fiduciae” – assim que adimplida a dívida.

Ao retirar o bem do devedor tirava-lhe a possibilidade de garantir novos créditos. Otto de Souza Lima citando Carlo Longo, com apoio na fórmula “baetica” diz que poderiam ser garantidos créditos futuros limitados no tempo, porém não relações eventuais e indeterminadas. Ao contrário do penhor a inexistência ou invalidade da relação obrigacional não invalidava a garantia eis que o “pactum fiduciae” se une a uma “mancipatio” ou “in iure cessio” - atos formais de transferência da propriedade – operavam de pleno direito, o que a diferenciava do penhor[19].

---

15 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6.ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.II, p. 125-126.
16 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*: o direito romano e o direito civil brasileiro, 21.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 267
17 MARTORELI, Mariano Navarro. *La propiedad fiduciária*. Barcelona: BOSCH Casa Editorial, 1950, p.32.
18 CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.154-155.
19 LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.103-108.

Como vimos, a fidúcia romana importava na figura do fiduciário como proprietário da coisa. O “dominus” era o titular da ação de reivindicação contra terceiros ou o contra o fiduciante que se manteve na posse inicial ou posterior. E também figurava como titular da “condictio furtiua”, no caso de furto da coisa. Por outro lado, Otto de Souza Lima lembra que o devedor permanecendo na posse da coisa restava a “usureceptio” para retomada da propriedade (no fim de um ano, sem justo título ou boa fé) e o fiduciário para evitá-la permitia que o devedor assim o fizesse pela locação ou em precário. Como regra os frutos e outros proventos da coisa eram atribuídos ao “dominus” que tinha direito a sua percepção e imputados ao devedor para abatimento de sua divida, sob pena de configurar enriquecimento sem causa[20].

Enfim satisfeito o crédito, com a quitação integral, nasce para o fiduciário a obrigação de restituir a coisa. Tal obrigação de natureza pessoal estava fundada na “fides” e formalizada pelo “pactum fiduciae”. Não continha eficácia real, não podendo proporcionar a restituição automática da coisa, que deveria dar-se pela “remancipatio” ou pela “in iure cessio”. Portanto, em caso de descumprimento importava na obrigação de indenizar.

A “fiducia cum creditore”, para Cretella Junior consiste em oferecer uma segurança real ao credor, mediante a transferência da propriedade de coisa que lhe pertence com a convenção de que após o pagamento, aquele a restitua[21]. Melhim Namem Chalhub leciona que a fiducia cum creditore tinha conteúdo assecuratório, destinando-se a garantir o credor; nessa modalidade, o devedor vendia o bem ao credor sob condição de recuperá-lo se, no prazo acordado, caso resgatasse a dívida[22].

Em outras palavras, era a convenção pela qual uma das partes (o fiduciário), tendo recebido da outra (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-la, uma vez alcançado determinado fim, estabelecido em pacto adjeto (*pactum fiduciae*). Como constatamos, tinha finalidade assecuratória, garantindo o credor e conferindo ao devedor a possibilidade de recuperar a coisa, se saldasse sua dívida. Para

---

20 LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.108-116.
21 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*: O direito romano e o direito civil brasileiro, 21.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 267.
22 CHALHUB, Melhim Namem *Negócio fiduciário*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.15.

Caio Mário o fiduciário ostentava a propriedade plena, portanto, sua responsabilidade sujeitava-se a uma ação pessoal[23].

Consoante Guilherme Guimarães Feliciano na "fiducia cum creditore", com a satisfação do débito, surge para o fiduciário o dever de restituir e em razão do "pactum fiduciae"o credor deve remancipar a coisa recebida. Em caso de inadimplemento, resta apenas a obrigação de indenizar[24]. Lembremos que o fiduciário possuía a propriedade sem qualquer ordem de limitação.

Moreira Alves esclarece que na "fiducia cum creditore" o devedor não possuía uma "actio" para reaver a "res" das mãos do credor e após o surgimento da "actio fiduciae" – ação de caráter pessoal – nada podia fazer frente ao terceiro que adquiria a "res". O devedor não tinha por meio da "actio fiduciae" direito à restituição, apenas a uma indenização pelo descumprimento do pacto e não ao desfazimento da venda. A "fiducia cum creditore" permitia na hipótese do devedor retomar a posse da coisa, a recuperação da propriedade sobre ela, ao término de um ano, sem os requisitos do justo título e boa fé, mediante a usureceptio. Há dois problemas da fidúcia cum creditore: a impossibilidade da "res" garantir novos créditos enquanto não extinta a dívida e de o devedor usar ou gozar da coisa após transferi-la ao credor. Com o surgimento da hipoteca desapareceu o desapossamento da coisa podendo oferecê-la em garantia de diferentes credores[25].

Segundo Otto de Souza Lima todos os meios jurídicos aptos a liberarem o devedor tinham a mesma eficácia do pagamento. Assim como dissemos os frutos e rendimentos da coisa eram imputados ao devedor a título de pagamento; existindo excesso, o credor fiduciário a devolveria junto com a restituição da coisa. Ao fiduciário pertencia as despesas com a conservação da coisa e o direito às benfeitorias, podendo utilizar-se da compensação, da retenção ou da "actio fiduciae contraria". Lembra o citado autor que a obrigação de restituir poderia surgir também quando as partes acordassem a substituição da coisa dada em fidúcia[26].

Para os romanos a "fiducia cum creditore" era o negócio jurídico por meio do qual o devedor transferia ao credor coisa móvel infungível, por meio da "mancipatio" ou

---

23 PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*: direitos reais. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 424, v.4.
24 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia*: das bases romanas à Lei n. 9.514/97. São Paulo: Editora LTr, 1999, p.36.
25 ALVES, José Carlos Moreira. Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro. In: *Contratos nominados*. Yussef Said Cahali (coord.). São Paulo: Saraiva, 1995, p.24-25.
26 LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.116-118.

da “in iure cessio”, com o fim de garantia, e advindo o adimplemento, mediante o “pactum fiduciae”, convencionava-se a restituição da coisa. A “fiducia cum creditore” não constituía direito real sobre coisa alheia, pois a propriedade passava às mãos do credor. A limitação do comportamento do fiduciário dava-se em razão da “fides”[27].

A fiducia cum amico” servia aos mais diversos fins. Surgiu como forma de propiciar a transferência dos bens a uma pessoa de confiança, que os mantinha sob sua guarda, de forma gratuita, como no comodato, instituto posterior a surgir no direito romano. Otto de Souza Lima cita Jacquelin que exemplifica seu uso para suprir as lacunas da lei e “iludir as proibições legais”, já em Franceschelli descobre seu duplo sentido: um político e outro jurídico; político como a guerra que torna as pessoas incapazes de defenderem seus bens, assumindo o fiduciário uma posição social que garante a integridade das coisas; e jurídico pela transferência da propriedade que a passa a defender. Outra função era desempenhada pela “fiducia cum creditore”, a de depósito, em que os bens se transmitiam ao amigo para evitar o confisco, em tempo de guerra, do perdedor, servindo ao fiduciante, enquanto que no comodato, tínhamos como beneficiário do uso o fiduciário[28].

A “fiducia cum amico”[29] não tinha como fim a garantia do crédito, mas preservar determinados bens de uma pessoa, que em decorrência de certos eventos pudessem ser perdidos ou danificados. O proprietário temeroso alienava o bem a um amigo, com a condição de ser-lhe restituído, após, findas as circunstâncias que fundamentaram tal receio em seu âmago. Para Caio Mário o contrato de fidúcia, permitia a uma pessoa acautelar seus bens contra circunstâncias aleatórias, como a guerra[30].

Segundo Cretella Júnior a “fiducia cum amico” consiste em confiar-se a guarda da coisa a um amigo com a condição de devolução[31]. Para Melhim Namem Chalhub visava-se preservar determinados bens de uma pessoa. Assim o proprietário do bem alienava-o  a um amigo com a condição de lhe ser restituído quando cessassem as

---

27 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 10.ed. rev. e acrescentada, Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v.1, p.351.
28 LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.95-100.
29 Segundo José Cretella Júnior: “Diferentemente do que ocorre no depósito ou no comodato, quando o que se transfere é apenas a posse, neste caso o dans transfere a propriedade para que a coisa esteja mais segura (tutius), nas mãos do amigo”. (*Curso de direito romano*: o direito romano e o direito civil brasileiro, 21.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 267).
30 PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*: direitos reais. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 424, v.4.
31 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*: o direito romano e o direito civil brasileiro, 21.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 267.

circunstâncias justificadoras de tal providência[32]. Caio Mário observa que esta modalidade fiduciária degenerou, contudo, na subtração dos bens pelos credores[33].

Como vimos, pela "fiducia cum amico" colocava-se em segurança uma coisa junto a um amigo, que pelo "pactum fiduciae", se comprometia a restituí-la, com a transferência da propriedade, quando solicitado pelo fiduciante, ou ainda, poderia ser utilizada para fazer um empréstimo de uso. Nesse caso, Guilherme Guimarães Feliciano observa que a figura afasta-se do "depositum" e aproxima-se do "commodatum"[34].

Alfredo Buzaid citando Glück "observa que o contractus fiduciae começou a rarear depois que os credores obtiveram para a proteção do seu direito de penhor uma ação real. Cujácio chegou a sustentar que ele foi abolido pelo imperador Constantino. Mas obtempera Glück que o contractus fiduciae foi confirmado ainda em nova constituição pelo imperador Arcádio e Honório, tendo cessado efetivamente depois de Justiniano, quando êste abrogou a distinção entre res mancipi e res nec mancipi (Cód.7.31. 1, §4). E é por isso que no Corpus Iuris não restam traços em nenhum ponto"[35].

Para Francisco Paulo de Crescenzo Marino, a fidúcia romana caracteriza-se, pela estrutura, na coligação entre um negócio jurídico translativo e abstrato (in iure cessio ou mancipatio) e um negócio jurídico de eficácia obrigacional que delimitava o exercício da posição jurídica do adquirente (pactum fiduciae)[36].

Traço comum a ambas as modalidades é a efetiva transmissão da propriedade, condicionada ao cumprimento de determinado fim, tendo o fiduciário a obrigação de restituir a coisa depois de cumprido o objeto da obrigação; não o fazendo, ao fiduciante somente restavam perdas e danos. No negócio fiduciário do tipo romano, a propriedade fiduciária era plena, tanto que o credor podia aliená-la a terceiro, sem que o devedor, ao pagar a dívida, tivesse qualquer direito contra ele, senão o de exigir perdas e danos, por não poder obrigar o credor a transferir-lhe a coisa, como se obrigou pelo *pactum fiduciae*. Ademais, contra o terceiro nenhum direito assistia ao devedor.

---

32 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.13.
33 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direitos reais. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 424.
34 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia*: das bases romanas à Lei n. 9.514/97. São Paulo: Editora LTr, 1999, p.24.
35 BUZAID, Alfredo. *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia*: Lei n.4.728, art.66. São Paulo: ACREFI, 1969, p.19.
36 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.41.

Na fidúcia romana, o alienante do bem transferia o domínio em sua plenitude, como garantia de uma obrigação, ou para salvaguardar seu patrimônio de um eventual desastre, atentamos para a importância da *fides* que cria entre as partes uma obrigação pessoal.

## 1.2. A fidúcia no Direito Germânico

No chamado direito Longobardo, havia a figura do "manusfidelis", um terceiro de confiança que podia realizar desde uma doação a um beneficiário até a libertação de um escravo após a morte de seu proprietário. A fim de salvar a alma do doador ocorria a transmissão de seus bens ou de parte destes ao "manusfidelis" que possuía amplos poderes para sua administração inclusive para a prática de atos dispositivos. Otto de Souza Lima embasado na lição de Messina constata grande semelhança entre o "manufidelis" e o instituto da "fiducia cum amico" do direito romano[37].

Guilherme Guimarães Feliciano observa que a fidúcia germânica é uma construção doutrinária, de inegável valor didático, na comparação com a fidúcia do direito romano, eis que na realidade vários institutos existiram no antigo direito alemão, cada qual com suas particularidades[38]. Melhim Namem Chalhub informa a existência de duas figuras: o "nusfidelis" e o "salmann".[39]

Para Luiz A. Beck da Silva a fidúcia de origem romana diverge, nas conseqüências, da fidúcia do antigo direito germânico, que fazia uso da condição resolutiva que, uma vez cumprida, determinava o retorno da propriedade ao devedor[40].

No antigo direito germânico encontramos a figura do "salmann", conceituado como um intermediário, que desempenhava o papel de fiduciário, recebendo do alienante seus bens com a obrigação de transmiti-los a um beneficiário. Otto de Souza Lima escreve que no novo direito medieval germânico o "salmann" era fiduciário do adquirente e não do alienante, possuindo poderes para adquirir bens em favor do beneficiário ou para reforçar os direitos do adquirente, impedindo a venda dos bens por não-proprietários. O "salmann"

---

37 LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.127-129.
38 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia*: das bases romanas à Lei n. 9.514/97. São Paulo: Editora LTr, 1999, p.69.
39 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.17.
40 SILVA, Luiz Augusto Beck da. *Alienação fiduciária em garantia*. 4ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.11.

recebia um direito real limitado, enquanto não transmitisse a propriedade ao destinatário. Assim o disponente e seus herdeiros podiam retomar os bens em poder de terceiros no caso de descumprimento das funções do "salmann". "O vínculo jurídico entre "salmann" e o disponente se baseava numa "fides facta" que limitava o direito a ele concedido"[41].

Em outros termos, entendemos que no antigo direito germânico, o direito que o fiduciante transfere ao fiduciário não é limitado pelo "pactum fiduciae", como no negócio de tipo romano, mas sim, por condição resolutiva que se verifica no momento em que a finalidade visada pelas partes é alcançada. E o desdobramento da posse, só ocorre se pactuado.

No caso de negócio fiduciário do tipo germânico, a propriedade é limitada, porque subordinada a condição resolutiva (o pagamento do débito pelo devedor), motivo pelo qual se o credor, antes de ocorrida a condição, transferir a terceiro, este a adquirirá também como propriedade resolúvel, perdendo-a para o devedor, se a dívida for solvida. Notamos que a propriedade é limitada pela condição resolutiva, convencionada pelas partes, característica similar à propriedade resolúvel do diploma civil de 2002, o que a diferencia da propriedade fiduciária, cuja resolução se origina da lei.

A esse respeito Melhim Namem Chalhub identifica que o poder jurídico do fiduciário é limitado pelo caráter resolutório que recebe, tendo eficácia "erga omnes", e a eventual alienação arbitrária, por parte do fiduciário, é considerada ineficaz, retomando o fiduciante a propriedade da coisa por efeito da condição resolutiva[42].

Ademais, no negócio fiduciário do tipo germânico opera-se a resolução das faculdades dominiais à disposição do fiduciário, independentemente da vontade manifestada por este, inexiste propriamente *fides*, motivo pelo qual Guilherme Guimarães Feliciano segue a posição de Moreira Alves, ao afirmar que não se trata de negócio fiduciário[43].

---

41 LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.129-133.
42 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.19.
43 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia*: das bases romanas à Lei n. 9.514/97. São Paulo: Editora LTr, 1999, p.71. Ver também: ALVES, J.C. Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev., atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.20-24; SILVA, Luiz A. Beck da. *Alienação fiduciária em garantia*. 4.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.12.

Para Orlando Gomes o poder do fiduciário é limitado no próprio negócio, em conformidade de seu fim[44]. Moreira Alves destaca que o direito transferido ao fiduciário não é limitado, como no tipo romano, pela obrigação resultante do *pactum fiduciae*, mas pela condição resolutiva que se implementa com a realização do objetivo visado pelas partes[45].

Francisco Paulo de Crescenzo Marino, cita Castro y Bravo, que considera inexistir nas hipóteses da fidúcia germânica, ao contrário da fidúcia romana, transmissão definitiva da propriedade ao fiduciário. Dá-se ou a separação da propriedade em propriedade formal (que legitima a atuação do fiduciário) e propriedade material (que permanece com o fiduciante), ou uma atribuição de poderes limitados ao fiduciário"[46].

Segundo Otto de Souza Lima há uma nítida diferença entre o fiduciário romano e o germânico, aquele torna-se titular pleno da propriedade e este, tem uma propriedade limitada[47]. Nesse sentido Luiz A. Beck da Silva apóia-se em Messina para concluir que embora semelhantes em suas características essenciais, ambos representam uma garantia real com a transmissão da coisa, no negócio germânico há condição resolutiva, ao passo que no romano a alienação era incondicional[48].

### 1.3. Direito Inglês.

O antigo direito inglês contemplava a figura do "mortgage", que consistia na transmissão da propriedade com escopo de garantia. Segundo Melhim Namem Chalhub este instituto evoluiu separou-se da "fiducia cum creditore" do direito romano, pois a condição resolutiva presente no "mortgage" conferia-lhe uma característica peculiar, que o aproximava do penhor de propriedade do direito germânico. A resolução era automática[49].

Para Guilherme Guimarães Feliciano o antigo direito inglês conhecia apenas o penhor de coisas móvel, cuja posse transferia-se ao credor. O referido autor descreve o

---

44 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p.50.
45 ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev., atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.22.
46 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.42
47 LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.133.
48 SILVA, Luiz Augusto Beck da. *Alienação fiduciária em garantia*. 4.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.13.
49 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.19-21.

"mortgage" como "hipoteca mobiliária do direito anglo saxão, que guarda profunda relação com o penhor de propriedade do antigo direito germânico"[50].

Otto de Souza Lima adverte, para evitar confusões, que o "mortgage" examinado é o clássico e não o do direito moderno, porque este, como já observara Franceschelli, por sua estrutura e funções, mais se aproxima de nossa hipoteca"[51].

Para Francisco Paulo de Crescenzo Marino, o mortgage[52] correspondia à transmissão do direito de propriedade sobre um bem, imóvel no mortgage antigo ou clássico, e móvel ou imóvel no mortgage atual, feita pelo devedor para o credor, com o objetivo de garantir a dívida. Convencionavam as partes, então, que o credor era obrigado a retransmitir o bem quando a dívida fosse paga[53].

Passemos a traçar o desenvolvimento deste instituto no direito medieval inglês. O "mortgage" surgiu no antigo direito inglês com uma estrutura similar ao da "fiducia cum creditore" do direito romano, ou seja, transfere-se a coisa (tendo o fiduciário o domínio pleno e absoluto) com a obrigação de restituí-la, ao final. Residia na confiança, na "fides", a crença no adimplemento da obrigação pactuada.

Numa nova fase evolutiva, temos dois momentos antagônicos de desenvolvimento deste instituto, eis que protege ora o fiduciário ora o fiduciante. Passa o Chancheler a expedir um *writ*, convocando o fiduciante para que compareça diante daquele e cumpra sua obrigação. Não o fazendo, a perda do bem era a conseqüência. Então, surgiu a *equity of redemptio*, que conferia ao devedor certo prazo para adimplir sua prestação. Diante desta nova situação, ganhou o credor o direito de acionar o devedor para que se beneficie da *equity of redemptio* em certo prazo (*decree nisi for foreclousure*) ou arque com a perda da coisa. Assim esta propriedade passou a ser condicionada.

---

50 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia*: das bases romanas à Lei n. 9.514/97. São Paulo: Editora LTr, 1999, p.78.

51 LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.148-149.

52 "Riguardo, diffatti, al mortgage immobiliare classico (2) dell'antico diritto inglese posteriore alla conquista romana (3), se ne trova ripetutamente affermata la similitudine, per non dire eguaglianza, alla fiducia romana pignoris jure (4). Non s'asserisce com ciò la derivazione storica dell'istituto inglese dal romano, perchè vi s'oppone non soltanto la soluzione di continuità intercedente tra il nascere del primo e l'estinzione del secondo, ma soprattutto il trapasso dell'istituto inglese attraverso quelle stesse fasi che il romano há percorse. S'intende piuttosto rivelare che la struttura tecnica del mortgage è tale da ricordar assai da vicino quella della fiducia pignoratizia."( MESSINA, Giuseppe. *Scritti Giuridice*: I Negozi Fiduciari. Milano: Dott. A Giuffrè, 1948, v.I, p.166).

53 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.43.

Nesse instituto há o desdobramento do direito de propriedade, sendo que o devedor transfere ao credor a propriedade legal ou formal, que é preponderante, e fica com a propriedade substancial ou eqüitativa. Pode-se constatar que credor e devedor têm direitos de propriedade diversos. Para Moreira Alves, o devedor fica com a propriedade substancial e com a posse da coisa, e, se pagar o débito, recupera a propriedade legal, caso contrário, o credor pelo direito comum se torna proprietário pleno da coisa[54].

Segundo Eduardo Salomão Neto com a invasão dos normandos em 1066 as terras da nobreza anglo-saxônica foram entregues ao rei e redistribuídas a novos possuidores – "tenants" - que constituíam as denominadas tenures, as quais podiam ser livres ou não livres. Não configuravam a propriedade plena, que somente o monarca dispunha, mas originavam os "estates" relações jurídicas que poderiam ser ou não sucessíveis aos herdeiros. Outros "tenants" poderiam ser instituídos pelo titular de uma "tenure". Ao suserano por ocasião da sucessão eram concedidos importantes direitos advindos dos imóveis do "tenant", dentre eles: o "escheat", o "relief", o "wardship" e o "marriage". Os direitos reais do vassalo sofriam restrições quanto à escolha do sucessor. Ao lado da proibição das ordens monásticas de adquirirem bens. Tais situações levaram ao mecanismo de entrega dos bens a um terceiro em caráter fiduciário, administrando-os em favor do cedente ou de alguém por ele indicado. Assim surgiu o "use"[55].

Agora traçaremos a origem do "trust". O "use", a princípio, segundo a "common law" conferia ao fiduciário a prerrogativa de dar a coisa a destinação que melhor lhe aprouvesse, pois formalmente figurava como seu titular. A sanção ao seu descumprimento era moral. Com o "Chancellor" ordens eram emitidas para o cumprimento do "use" com base na eqüidade. Em 1535, o "Statute of Uses" foi promulgado por Henrique VIII, visando a extinção do "use". A jurisprudência formada pelo "Chancellor" garantiu a sobrevivência do instituto. E com a colonização inglesa, novos recursos foram gerados, o que permitiu ao "Chancellor" decidir que se dois ou mais "uses" fossem criados sucessivamente no mesmo instrumento, somente o primeiro seria extinto. O segundo passou a ser denominado "trust"[56].

---

54 ALVES, José Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.30-31.
55 SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996, p.11-13.
56 SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996, p.14-17.

## 2. Da Propriedade

### 2.1. Do Direito Romano à Doutrina de DUGUIT

Antes de examinar a propriedade romana faremos uma breve abordagem à propriedade primitiva.

No paleolítico, os homens eram nômades e viviam da coleta, da pesca e da caça. O lugar da moradia dependia do tempo e da topografia do terreno. Os grupos familiares eram pequenos e, neste período, começaram a enterrar seus mortos. Com a descoberta da agricultura e da pecuária os grupos humanos tornaram-se sedentários, o que impulsionou o desenvolvimento da vida em pequenas aldeias. Durante a Idade dos metais muitos povoados se transformaram em cidades. Há cerca de cinco mil anos, no Oriente Médio surgiram as primeiras civilizações.

Jean-Philippe Lévy traça os contornos fundamentais da propriedade primitiva e antiga envolvendo o sagrado. Assim a terra é um bem sagrado que os povos ancestrais adoravam como a primeira mãe da criação, 'que alimentava os viventes e enterrava os mortos' (provérbio malgache); um elo de comunhão mística que unia o homem, a terra, os ancestrais que ai repousavam e os deuses[57].

Para Jean Philippe Lévy o fundamento da ligação existente entre os homens e o território que ocupam reside no parentesco, no laço espiritual com os antepassados, donde transmitem seus direitos aos descendentes. "A terra é um bem coletivo", é o grupo que a explora, deve-se pertencer ao grupo, não existindo a propriedade individual, mas uma alternância entre os seus cultivadores em terras esgotadas, em prol da coletividade[58].

---

57 "La terre est um bien sacré, une divinité, la 'terremère' que tous les peuples anciens ont adorée, 'la première femme du Crèateur. Elle nourrit les vivants et entoure les morts' (proverbe malgache). Un lien de communion mystique unit l'homme, la terre, les ancêtres qui y reposent et les dieux". (LÉVY, Jean-Philippe. *Histoire de la propriété*. Paris: Presses Universitaires de France, n.36, 1972, p.08).

58 "Le fondement origenel des droits fonciers est la parenté entre le groupe humain et le territoire qu'il occupe, le pacte entre les esprits de la terre et les premiers occupants, qui ont acquisces droits et les ont transmis à leur descendants". Continua Jean-Philippe Lévy: "De là procède l'aspect communautaire des droits fonciers. La terre est un bien collectif, sur lequel nul ne peut exercer de droit s'il n'appartient au groupe. L'exploitation courante relève de la communaunté villageoise tout entière. Il n'existe pas d'appropriation individualle definitive. Une rotation des champs fonctionne entre les cultivateurs, et les terres èpuisées retombent dans la communauté". (LÉVY, Jean-Philippe. *Histoire de la propriété*. Paris: Presses Universitaires de France, n.36, 1972, p.09).

Passemos à propriedade romana.

Com os romanos a propriedade passou a ter contornos mais nítidos, ultrapassando a esfera das coisas móveis. Para os romanos a propriedade do solo compreendia tudo aquilo que nele estivesse incluindo a colheita.

Segundo Fustel de Coulanges, a idéia de propriedade privada estava na própria religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Nos lares romanos levantam-se as paredes para o isolar e defender. Pelo costume se compreende que a idéia de propriedade se tenha estendido do pequeno outeiro onde repousavam os mortos ao campo que cercava esse outeiro. Em Catão lê-se certa oração na qual o lavrador italiano pede aos manes que olhem pelo seu campo. A sepultura estabelecia vinculo indissolúvel da família com a terra, isto é, a propriedade. Assim a propriedade surge de tal modo inerente à religião doméstica, que a casa e o campo estavam como que incorporados na família[59].

Washington de Barros Monteiro[60] embasado nos conhecimentos de Planiol e Ahrens apresenta quatro teorias sobre o fundamento jurídico da propriedade: (i) a teoria da ocupação: A ocupação apresenta-se como fundamento do direito de propriedade, porém falta-lhe o apoio da lei, pois sendo apenas modo de aquisição da propriedade, não serve para justificar a existência deste direito, eis que aquilo que se quer adquirir deve preexistir; (ii) a teoria da lei: A propriedade é uma concessão do direito positivo, devendo sua existência à lei. Se assim fosse, estaria este direito sujeito a vontade humana, podendo o legislador suprimi-la ou alterá-la; (iii) a teoria da especificação: Concebe-se o trabalho como fonte de criação do direito de propriedade, o que geraria situações de exclusão daquele que não participa diretamente do trabalho e a multiplicação de propriedades sobre um mesmo bem, provocando um enfraquecimento deste direito; (iv) a teoria da natureza humana: a propriedade serve ao homem enquanto satisfaz suas necessidades e fomenta seu desenvolvimento como ser humano. É condição para sua existência e aperfeiçoamento do intelecto. A Igreja Católica[61] acolheu esta doutrina.

---

59 FUSTEL de COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. 10.ed. trad. e glossário de Fernando de Aguiar. Lisboa: LCE, p.70-80.

60 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil:* direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus MALUF. São Paulo: Saraiva, 2003, p.77-80, v.3.

61 Transcrevemos as palavras de Washington de Barros Monteiro: "PIO XI na encíclica *Quadragesimo Anno* afirma que 'o direito de possuir bens individualmente não provém da lei dos homens, mas da natureza, a autoridade pública não pode aboli-lo, porém, somente regular o seu uso e acomodá-lo ao bem do homem'. Da mesma forma, na sua famosa *Mater et Magistra*, declara JOÃO XXIII que a propriedade privada constitui proteção e incremento da família". In: *Curso de Direito Civil:* direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus MALUF. São Paulo: Saraiva, 2003, p.79-80, v.3.

Vistos os fundamentos do direito de propriedade[62], tratemos do seu aspecto histórico.

Para Carlos Alberto Dabus Maluf os cinco tipos de propriedade romana são[63]: (i) propriedade quiritária: exigia o concurso de vários requisitos, só o cidadão romano tinha essa capacidade, a coisa deveria ser idônea (*res mancipi*) e o modo de adquirir era conforme o *jus civile*. Para sua garantia dispunha o proprietário da *rei vindicatio*. Só os Quirites tinham a possibilidade de serem titular da propriedade *quiritária*; (ii) propriedade pretoriana: o pretor protegia o adquirente de uma *res mancipi*. Com a *actio publiciana*, o adquirente poderia reivindicar a coisa contra terceiro e havendo decorrido o tempo para usucapir, tornava-se dono por direito dos quirites. Finda a distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi*, com a unificação da legislação, o *in bonis habere* foi qualificado por Justiniano como *dominium*; (iii) propriedade do jus gentium: os plebeus fomentaram sucessivas tentativas de divisão das terras do Estado Romano, dentro e fora do âmbito das cidades. Assim os peregrinos, que aumentavam em número, pelas conquistas romanas, passaram a adquirir pelo *ius gentium*, originando uma propriedade provincial ou peregrina; (iv) propriedade peregrina: dentre os povos conquistados, aqueles que permanecessem com seus bens e terras não faziam parte do *ager romanus*, ou seja, não se lhes aplicava o direito romano[64]; (v) propriedade provincial: eram as terras usadas por particulares nas províncias,

---

62 - Ulpiano, Regras - Título 19: De dominiis et adquisitionibus rerum. 19. Da propriedade e da aquisição das coisas. 1. As coisas são ou mancipi ou nec mancipi. São mancipi: os prédios situados em terra itálica, tanto rústicos, como um terreno, quanto urbanos, como uma casa; os direitos dos prédios rústicos, como as servidões de estrada, de passagem, caminho e aqueduto; os escravos e os quadrúpedes que se domam pelo dorso ou pelo pescoço, como os bois, jumentos, cavalos e burros. As demais coisas são nec mancipi. Os elefantes e camelos, embora se domem pelo dorso ou pelo pescoço, não são coisas mancipi por não pertencerem ao número de animais domésticos. 2. Adquirimos a propriedade das coisas a título particular por mancipação, tradição, usucapião, cessão in iure, adjudicação e por lei. "Singularum rerum dominium nobis adquiritur mancipatione, traditione, usucapione, in iure cessione, adiuticatione, lege". (ULPÍANO. *Regras de Ulpiano*. Introdução, texto, tradução e notas de Gaetano Sciascia. São Paulo: 1952. Resumo de Direito Romano, p.53, 55).

63 "(I) Dominium ex iure Quiritium: é a propriedade reconhecida pelo ius civile, não limitada pela ordem jurídica propriamente dita". (II) A propriedade provincial é o uso e gozo, quase sem limitações, de terrenos pertencentes ao Estado romano, como ocupação de guerra. (III) A propriedade pretoriana se desenvolveu pela jurisdição do pretor, que protegia o adquirente duma res mancipi contra quem não a tinha transferido mediante o ato reconhecido pelo ius civile. (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.125).

64 Carlos Alberto Dabus MALUF ao indagar sobre o direito aplicável a estes povos, responde com fundamento em Jean Philippe Lévy: "Nas cidades que tinham conseguido conservar a sua existência reinava o direito nacional, que era variável de umas cidades para as outras". E os "desprovidos de qualquer lei nacional viviam de acordo com o *ius gentium*, princípios gerais a todos os povos civilizados", que comportavam uma espécie de propriedade. (*Limitações ao direito de propriedade*: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 24).

que pertenciam ao Estado, pelo pagamento de um tributo anual (vectigal) ao ente público.[65]

Em razão da Constituição de Caracala, que concede cidadania a todos os habitantes, desaparece a propriedade peregrina. Na época pós-clássica do direito romano, as quatro categorias existentes são oficialmente extintas por Justiniano, ao ordenar a unificação do domínio[66]-[67].

Para Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, os romanos consideravam a relação de absoluta sujeição da coisa ao dono, com a frase, "res mea est". Assim, a propriedade[68] não se considera como um direito, "res incorporalis", mas se identifica com a própria coisa corpórea. Os romanos diziam que o dono exercia seu direito "usque ad

---

65 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 21-25.

66 Segundo Washington de Barros Monteiro, Justiniano fundiu a propriedade quiritária, que perdia importância com a propriedade bonitária ou pretoriana. (*Curso de Direito Civil:* direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p.81, v.3).

67 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 24-25.

68 "La proprietà è dunque la somma potestà sulla cosa, potestà che ci compete per diritto privato, in forza del quale uma cosa appartiene soltanto a noi, altri essendo ammessi soltanto, eventualmente, a singoli diritti reali su quella cosa. Qui vi è um concetto da utilizzare, Il contrasto cioè tra il diritto di proprietà e gli altri *iura in re*, che sono considerati come diritti per sè stanti, limitati per la loro intrinseca natura. Invece la proprietas é unna summa rei potestas attribuita per diritto di pertinenza al proprietario, e che può poi essere limitata dalla concorrenza di quegli altri diritti reali. [...]" (SCIALOGIA, Vitorio. *Teoria della proprietà nel diritto romano*. Spoleto: Are, 1933, v.I, p.266)

- "La proprietà romana è infine perpetua: vale a dire, non si può costituire um diritto di proprietà a tempo, fissando, per esempio, che, dopo un certo tempo, essa ritorni ipso iure all'alienante, secondo Il concetto revoca reale." Continua o autor: "Era adunque la proprietà genuina del popolo quirite um diritto sulla cosa illimitato nello spazio e nel tempo; diritto che sul fondo há tutto Il carattere, tutto lo spirito di una vera sovranità territoriale, chiusa in se stessa e indipendente. [...]". (BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. Milano: Società Ed. Libraria, 1923, v.I, p.179).

- "Per diritto romano chi aveva Il *dominium* della terra loaveva del pari sul caelum cioè sullo spazio aereo che sovr'essa stava. E aveva diritto a respingere tutte le *immissiones* che in esso venissero fatte, anche sotto forma di *iactatio* o di protensio". Continua o citado autor: "Il diritto romano fece cadere al proprietario tutto ciò che fosse stato in relazione col suolo, col suprasuolo, e col sottosuolo. Quindi Il diritto ad occupare gli animali e pesci che in quegli ambienti si fossero trovati e di respingere chi, essendo estraneo, li avesse voluti cacciare o pescare". (BESTA, Enrico. *I diritti sulle cose*: nella storia del diritto italiano. Milano: CEDAM, 1933, p.91-92).

- "Diritto reale per eccellenza è la proprietà, vale a dire la signoria più generale sulla cosa. I Romani identificarono com la cosa stessa e chiamarono 'diritti sulla cosa' tutti gli altri diritti, i quali presuppongono che la cosa sai già in proprietà di alcuno, fungendo come limiti del dominio altrui (*iura in re*, o come poi si disse, in re aliena). Questi altri diritti reali furono presso i Romani l'usufutto, ed i diritti analoghi di uso, abtizione ed opere, la servitù prediali, l'enfiteuse, la superfície, il pegno e l'ipoteca". (MARZO, Salvatore di. *Istituzione di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1938, p.197).

sidera et ad inferos", ou seja, que a propriedade abrange tudo aquilo que lhe está na superfície ou no subsolo, e em toda a altura e em toda a profundidade[69].

São três as características do direito de propriedade no direito romano. Como direito absoluto era oponível a todos. Entretanto, suas prerrogativas reduzem-se pelas restrições[70] impostas ao exercício da propriedade, e cujo número foi aumentado até Justiniano. Como direito exclusivo significa que sobre o mesmo solo não pode haver mais de uma propriedade, embora possa haver vários proprietários indivisos. É direito perpétuo ou ilimitado, pois os romanos não a concebiam como adquirida por um determinado período, a título provisório, ou ainda sob condições.

Para Louis Josserand: "A propriedade dos bens corpóreos perdeu pouco a pouco seu absolutismo original; esse fato é publicamente notório naquilo que concerne à propriedade rural. O dono seja de uma propriedade, seja de uma casa, já não tem mais em nossos dias uma verdadeira soberania sobre sua propriedade. Suas prerrogativas tradicionais não são mais absolutas"[71]-[72].

Na Idade Média[73], a propriedade unificada por Justiniano foi dividida na enfiteuse, tendo preponderância neste período, com o servo da gleba que explorava a terra do senhor feudal. Na enfiteuse se caracterizavam dois direitos: (i) domínio útil: que era transferido para o senhor da gleba; (ii) domínio direto: do senhor feudal. Na Alta Idade

---

69 CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.124.

70 Segundo Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, quando as restrições têm sanção moral ou pública, dão-se as limitações indiretas ao conceito jurídico da propriedade. E as limitações da propriedade obrigatórias pela autoridade jurisdicional do magistrado são consideradas mais restritivas, em geral quanto ao exercício de um direito ou reguladoras da auto defesa privada. (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.126).

71 JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif francais*. Paris: Sirey, 1940, v. III, p.784.

72 - "La formula della nuova definizione legale caratterizza il diritto di proprietà quale diritto pieno ed esclusivo. L'art. 436 codice del 1865 lo caratterizzava come diritto assoluto, con una formula tanto enfatica quanto impropria: 'diritto do godere etc. nella maniera più assoluta purchè etc'. Si era sentito persino il bisogno di superlativizzare il carattere dell'abssolutezza, che, per sua intrinseca natura, non inopportunamente superlativizzata, si ponevano delle limitazioni! Era questo il lato più infelice della definizione legale contenuta nel codice abrogato". (PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1964, p.135).

- "Quanto al contenuto del diritto di proprietà noi troviamo anzitutto due qualità in grado diverso fisionomiche del diritto di proprietà rispetto agli altri diritti reali: e cioè fino a um certo punto l'unità globale; e in modo particolare la sua grande ampiezza che ne fa il diritto reale più ricco di contenuto tra tutti. Vi sono poi altri caratteri che si ritrovano anche presso altri diritti reali, ma che hanno um particolare rilievo per la proprietà. E cioè: la tendenza (non è dunque qualità assoluta) alla esclusività, la elasticità, e la possibilità di incremento e di diminuzione oggettiva. Di ognuno di questi caratteri discorreremo separatamente". (BARASSI, Lodovico. *La proprietà*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1939, p.27).

73 Sobre a Idade Média, Washington de Barros MONTEIRO cita lição de BRUGI: "o proprietário livre era o mais frágil de todos, prevalecendo então a velha máxima feudal nulle terre sans seigneur". (*Curso de Direito Civil*: direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus MALUF. São Paulo: Saraiva, 2003, p.81, v.3).

Média, lembramos da Escola de Bolonha, quando se retomam os estudos do direito romano, com o surgimento dos glosadores e pós-glosadores, como Cino de Pistóia, Bártolo de Sassoferrato e outros.

Na Renascença ressurge o interesse pela antiguidade clássica greco-romana, numa visão antropocêntrica do mundo. Na acepção do nome, ocorreu o renascimento das obras em latim, como Cujácio da Escola de Toulouse e seu opositor Donellos.

Washington de Barros Monteiro[74] chama atenção para o advento da Revolução Francesa em que rompem-se velhos dogmas sociais, nobreza e clero renunciam aos seus privilégios, suprimindo a condição de servo e a jurisdição senhorial.

No final do século XVIII e início do século XIX, iniciou-se um período de grandes codificações. O Código Civil francês de 1804, mais conhecido como o Código de Napoleão. Individualista, definiu a propriedade no art. 544, como o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não fizesse uso proibido pelas leis e regulamentos. Também mencionamos o Código Civil italiano de 1865, cujo art.436 copiou o modelo napoleônico e o Código Civil alemão, que entrou em vigor em 1900. Quanto à propriedade, não mais se referia ao direito absoluto ou ao modo mais absoluto de exercê-lo, expressões que mereceram a crítica de Duguit.

Sobre a evolução do direito de propriedade Savatier parte da concepção absolutista da propriedade contida no art.544 do Código de Napoleão e reproduzida no art.406 da província de Quebec: “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta desde não se faça um uso proibido pelas leis ou regulamentos”. O citado autor comenta a ausência de disposições acerca dos deveres e obrigações do proprietário, restando apenas as obrigações de vizinhança ligadas ao direito de propriedade, o que reforça ser caráter absoluto[75].

A partir de 1902, a propriedade que era individualista - dentro daqueles caracteres - exclusiva, perpétua e absoluta, desde o direito romano - começou a ter abalado

---

74 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*: direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p.81, v.3.

75 “Dans un texte de cette sorte, nulle mention d’obligations et de devoirs du propriétaire. Tous les articles qui suivent l’article 544 sont consacrés à affirmer son empire, avec toutes les prérogatives impériales. Les uniques réserves qui s’y trouvent concernent les obligations de voisinage, seules obligations attachées au droit de propriété”. (SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public*: a travers les personnes, les biens, et la responsabilité civile. Paris: Pichon &Durand-Auzias, 1945, v.1, p.35).

esse caráter, com as Conferências de Léon Duguit[76], em Buenos Aires. O palestrante dizia que a propriedade não precisava ter uma função social, mas também ser uma função social. Tais idéias foram muito contestadas à época. Então, em 1950, a teoria de Duguit passou a ser aceita na França, através das obras de René Savatier (*Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*) e de Georges Ripert (*Le Déclin du Droit*), que admitam o fim do caráter místico da propriedade e que esta deveria cumprir sua função social.

Em breves linhas delinearemos a evolução do direito de propriedade no Brasil tomando por base as lições de Carlos Alberto Dabus Maluf. No Brasil, à época do império, com a Constituição de 1824 já se garantia a proteção ao direito de propriedade. Com o advento da República, a Constituição Republicana de 1891, também se referiu ao direito de propriedade. Em 1934, tivemos a segunda Constituição Republicana, tomando destaque a função social da propriedade. Assim surgiu o Decreto n.25/37 para proteger o patrimônio histórico. Com o Estado novo tivemos uma nova constituição (1937). Com a Constituição de 1946 ocorreu a redemocratização do país, manteve-se a proteção ao direito de propriedade, permitindo-se a desapropriação em casos específicos. Em 1967, inclui-se a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica e social, o que foi mantido em 1969. E na Constituição de 1988 o constituinte reconheceu que a propriedade deve cumprir sua função social.[77].

## 2.2. Função Social e Limitações ao Direito de Propriedade.

Em primeiro lugar analisaremos as limitações ao direito de propriedade.

As limitações legais[78] ao direito de propriedade encontram-se expressas em leis especiais, em regulamentos administrativos, assim como no Código Civil, existindo um vasto rol que se impõe de forma coativa aos particulares.

---

76 Sobre a teoria de Léon Duguit consultar a obra de Carlos Alberto Dabus Maluf. *Limitações ao direito de propriedade*: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 76-79.

77 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.88-95.

78 "As limitações atingem, principalmente, o complexo imobiliário de bens, tanto na área urbana, como na rural, mediante a instituição de balizas ao respectivo exercício de direitos, na extensão considerada adequada pelo legislador e em razão do interesse social, embora, muitas vezes, com novos sacrifícios aos interesses individuais (como na hipótese de uso público de bem particular, em comparação com a Carta anterior". (BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1981, p.03).

Por um lado a Constituição de 1998 reconheceu o direito de propriedade assegurando sua proteção, de outro, reforçou a relativização deste direito, que ao longo do tempo, deixou de apresentar os contornos característicos do absolutismo da propriedade romana. Seguindo a tendência dos modernos ordenamentos jurídicos contemplou a função social da propriedade.

Assim a Constituição Federal de 1988 garantiu o direito de propriedade nos termos do art. 5º, inciso XXII, sem colocá-lo num patamar intangível, pois prevê hipóteses de intervenção do Poder Público na propriedade privada. Citamos como exemplo o instituto da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização.

O direito de propriedade, segundo Carlos Alberto Dabus Maluf deixa o caráter absoluto e intangível conhecido pelos romanos e se sujeita "a numerosas limitações, impostas pelo interesse público e privado, inclusive pelos princípios da justiça e do bem comum"[79].

Como vimos o direito de propriedade[80] não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava. Está ele sujeito, na atualidade, a numerosas limitações, impostas no interesse público e privado, inclusive nos princípios da justiça e do bem comum.

Quanto à natureza jurídica das limitações ao direito de propriedade citamos Carlos Alberto Dabus Maluf que as descreve como adaptações da propriedade privada às finalidades públicas. Tais restrições não importam diminuição do patrimônio de quem as suporta, nem aumento do patrimônio de quem com elas aproveita[81].

Passemos a analisar a função social[82] da propriedade.

---

79 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade. 2ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.15.

80 "A maior dificuldade da definição está, por um lado, na vasta compreensão que em si tem o domínio, capaz de abraçar as mais variadas faculdades do uso e da disposição da coisa submetida ao senhorio, e, por outro lado, na possibilidade que tem de se comprimir e reduzir no seu conteúdo até quase desaparecer como poder do dono ou senhor, sem que no entanto a compressão leve à destruição total do vínculo de pertença da à pessoa". (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*: direitos de família. direitos reais e posse. 6.ed. trad. de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973, v.II, p.300).

81 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade, 2005, p. 244.

82 Ugo Natoli como premissa para discorrer sobre a função social da propriedade demonstra a importância desse instituto: "Intanto conviene ricordare che la prima delle qualificazioni, alle quali si è accennato, è, com'è noto, quella della realità: in quanto diritto soggettivo, la proprietà è un diritto reale, e anzi, si può aggiungere, il diritto reale base, quello que nella categoria dei diritti reali 'occupa il primo posto'

Quanto à função social da propriedade, Carlos Alberto Bittar comenta: "Com efeito, não se pode conceber que a assertiva constitucional, constante num dos pontos primordiais do texto de uma Carta Magna, fruto de incansáveis tentativas de conciliação das forças da sociedade, mantenha-se como simples figura de retórica"[83].

Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos oferece o sentido de propriedade, segundo a jurisprudência, concebido no texto constitucional e não aquele do Código Civil. Esclarece o autor ser um direito de conteúdo econômico, direito patrimonial e que no art. 5º, XXIV, a Constituição Federal consagra o direito fundamental de não ser alguém despojado de direitos de seu patrimônio, sem justa indenização[84].

José Afonso da Silva conceitua as limitações ao direito de propriedade como condicionamentos que atingem as características tradicionais desse direito, como absoluto, exclusivo e perpétuo. O citado autor entende que a função social da propriedade modifica o regime da propriedade, condicionando-a como um todo e menciona a lição de Pedro Escribano Collado - a função social introduziu na esfera interna do direito de propriedade um interesse estranho e por vezes não coincidente com o do proprietário - segundo José Afonso da Silva, "um princípio ordenador da propriedade privada, fundamento da atribuição desse direito e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu conteúdo"[85].

A função social da propriedade segundo Eros Roberto Grau abrange "comportamentos positivos" e não apenas as situações impostas pelo exercício do poder de polícia. Assim segundo o citado autor, "o que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem". Para Eros Roberto Grau a maior

---

(BARASSI), non solo perchè – a raglione o a torto per il momento non interessa – è considerato sempre e in ogni circonstanza il più iportante e quello, pure sul semplice piano economico, di maggior valore; ma anche perchè esso rappresenta Il pressuposto indispensabile ed il centro sul quale poggiano e dal quale si enuncleano tutti gli altri diritti reali". (NATOLI, Ugo. *La Proprietà*. 2.ed. Milano: Dott. A. Giufreè, 1980, p.13).

83 BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *A propriedade e os direitos reais na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.36.

84 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.304.

85 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p.282 e 284-86.

expressão desse princípio está no art.182, §2º, que trata da política urbana e no art.184 que trata da reforma agrária como instrumentos de integração da ordem econômica[86].

Para Miguel Reale, o uso da propriedade, apenas por capricho, não tem legitimidade, devendo estar condicionado a uma finalidade social, se não existe um resultado de ordem moral ou de ordem econômica, não se justifica o uso da propriedade que cause dano a outrem[87]. Décio Luiz José Rodrigues sustenta que a propriedade representa uma necessidade econômica para a sociedade civilizada e que se impõe ao legislador e ao jurista, portanto, deve ser regulada pelo "jus positum", considerando-se sua função social como necessária ao progresso social, a que a Constituição de 1988 se ajustou[88]. Jose Luis de los Mozos ao analisar as limitações ao direito de propriedade, em sentido estrito, entende que se confundem com as denominadas servidões legais, já que a limitação que impõe é puramente parcial, mas em sentido geral tem um caráter diferente, não tanto porque não afetam a aspectos particulares do conteúdo do direito de propriedade, senão porque se referem ao destino do objeto sobre o qual recai esse direito[89].

É a moderna concepção do direito de propriedade com a sua função social bem determinada, geradora de riquezas e trabalho, apta a contribuir para o bem geral. É a propriedade dos novos tempos, a eliminar a propriedade estéril e improdutiva. Várias disposições constitucionais e infraconstitucionais restringem o seu exercício, assim mostra-se vasto o campo das restrições.

Dentre as limitações legais ao direito de propriedade, no presente trabalho, elegeu-se a propriedade fiduciária de bem móvel regulamentada nos termos dos artigos 1361 a 1368 do CC e a propriedade fiduciária de bem imóvel disciplinada pela Lei n. 9.514/97 como objetos centrais do desenvolvimento do estudo, ora proposto. Cabe trazer a lição de Moreira Alves que define a propriedade fiduciária como a garantia real criada em nosso direito, como uma nova modalidade de propriedade limitada pelo escopo de garantia[90].

---

86 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.245 e 247.
87 REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil*: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986, p.14.
88 RODRIGUES. Décio Luiz José. Dos modos de aquisição da propriedade imóvel. In: *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. Carlos Alberto Bittar (coord.). São Paulo: Saraiva, 1981, p.49-50.
89 MOZOS, Jose Luis de los. *El derecho de propriedad*: crisis y retorno a la tradicion juridica. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. EDERSA, 1993, p.268-69.
90 ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.113.

# CAPÍTULO II. ASPECTOS GERAIS DA FIDÚCIA LEGAL NO BRASIL

## 1. Diferenças e Similitudes entre Negócio Simulado, Negócio Indireto e Negócio Fiduciário

Para Homero Prates simular significa "fingir, disfarçar, dar aparência de real ao que não existe". O referido autor define simulação como "todo fingimento destinado a aparentar a sinceridade de um sentimento ou de um desejo que realmente não existem ou que ocultam intuito diverso do que mostra a manifestação sob cuja forma se apresentam"[91]. Venosa enxerga na simulação a existência de conluio para dar a aparência exterior do negócio, implicando em mancomunação[92].

Segundo Maria Helena Diniz, a simulação[93] consiste num desacordo intencional entre a vontade interna e a declarada para criar, aparentemente, um ato negocial que inexiste, ou para ocultar, sob determinada aparência, o negócio querido, enganando terceiro e acarretando a nulidade do negócio. Provoca uma falsa crença num estado não real, enquanto a dissimulação oculta ao conhecimento de outrem uma situação existente, pretendendo incutir no espírito de alguém a inexistência de uma situação real[94].

A simulação não se confunde com a dissimulação. Washington de Barros Monteiro citando lição de Ferrara explica que em ambos se quer enganar, mas na simulação, sobre a existência de situação não verdadeira, enquanto na dissimulação sobre a inexistência de situação real, assim "se a simulação é um fantasma, a dissimulação é uma máscara"[95].

---

91 PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude da lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p.21 e p.23.

92 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003, v.1, p.467.

93 "A simulação compõe-se de três elementos: a) intencionalidade da divergência entre a vontade interna e a declarada; b) intuito de enganar; c) conluio entre os contratantes (acordo simulado). A intencionalidade da divergência entre vontade interna e a declarada é a característica fundamental do negócio simulado (Custódio Miranda). A simulação no direito civil brasileiro, n.15, p.14". (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.280).

94 DINIZ, Maria Helena. *Novo código civil comentado*. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.154.

95 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral. 40.ed rev. e atual por Ana Cristina de Barros Monteiro de França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005, p.260.

Silvio Rodrigues conceitua o negócio simulado[96] como "aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes. Estas fingem um negócio que na verdade não querem[97]". E Caio Mário esclarece que não existe na simulação vício do consentimento, porém há um vício grave que reside na desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal[98].

A simulação pode ser absoluta ou relativa[99].

Na simulação absoluta as partes, na verdade, não pretendem realizar nenhum negócio. Segundo Washington de Barros Monteiro "o ato é inexistente, ilusório, fictício. Espelha uma simples aparência, uma sombra vã, um corpo sem alma, na feliz expressão de Baldo"[100]. Como diz Francesco Ferrara: uma ilusão[101].

Na simulação relativa[102]-[103] as partes pretendem realizar determinado negócio encoberto - dissimulado -, mas se utilizam do negócio simulado – aparente - para enganar. Ferrara identifica na simulação relativa dois negócios distintos, um fingido e notório, e outro verdadeiro e oculto[104].

Citamos alguns exemplos reconhecidos pela doutrina como simulação: a venda simulada a terceiro para contornar a exigência do art.496 do Código Civil na venda ao descendente; o homem casado que desejando doar bens à sua concubina vende-os a um

---

96 "Negozio simulato è quelle che ha un'apparemza contraria alla realtà sia ch'esso non esiste affato sia ch'è diverdo da quello che si mostra all'esterno. [...]". (FERRARA, Francesco. *Della simulazione dei negozi giuridici*. 5.ed., Roma: Athenaeum, 1922, p.36).

97 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 32.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 294.

98 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. 21.ed. rev. e atual. por Maria Celina B. de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.636, v.1.

99 "Enquanto nos atos absolutamente simulados as partes têm em vista apenas criar uma aparência, realizar um negócio ilusório - *umbra sine effectu* – na simulação relativa existem dois negócios: um simulado, fictício, aparente, outro, dissimulado, verdadeiro, secreto. O primeiro serve para dar a impressão a terceiros de que ele traduz a verdadeira vontade das partes". (PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude da lei*. São Paulo: Freitas Bastos, 1958, p.129).

100 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral. 40.ed rev. e atual por Ana Cristina de Barros Monteiro de França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 256.

101 FERRARA, Francesco. *Della simulazione dei negozi giuridici*. 5.ed., Roma: Athenaeum, 1922, p.148.

102 "La simulazione relativa consiste nel travisamento d'un atto: quando si fa apparentemente un negozio, ma realmente se ne vuole e se ne compie un altro. I contraenti conchiudono in verità un atto giuridico, ma questo nascondono sotto una forma diversa, in modo che ne resti segreta la sua vera natura. La figura appariscente del negozio serve solo ad illudere il pubblico: ma dietro quella falsa sembianza si cela il negozio vero voluto compiere dalle parti e sottratto alla conoscenza dei terzi. Perciò le indicazioni comuni di negozi dissimulato (Dernburg), mascherato (Seuffert), celato (Bekker), o come dicevano gli scrittori medievali coloratus, figuratus, depicuts, donde l'aforisma colorem habet, substantiam vero alteram. (FERRARA, Francesco. *Della simulazione dei negozi giuridici*. 5.ed., Roma: Athenaeum, 1922, p.175).

103 Enunciado n.293 do CJF: "Na simulação relativa, o aproveitamento do negócio jurídico dissimulado não decorre tão-somente do afastamento do negócio jurídico simulado, mas do necessário preenchimento de todos os requisitos substanciais e formais de validade daquele".

104 FERRARA, Francesco. *Della simulazione dei negozi giuridici*. 5.ed., Roma: Athenaeum, 1922, p.247-48.

terceiro; o sujeito que querendo pagar um valor menor de imposto, passa a escritura por preço inferior ao real.

O Código Civil de 1916 tratava a simulação como defeito do negócio jurídico, vício social, que gerava sua anulabilidade, e nos termos dos artigos 103 e 104, distinguia a simulação inocente da fraudulenta ou maliciosa. Tal distinção não mais prospera.

O novo diploma civil trata a simulação como causa de nulidade[105] do negócio jurídico. O art.167 do Código Civil dispõe que a simulação provoca a nulidade do negócio simulado, mas sendo relativa, subsistirá o negócio dissimulado, se válido na forma e substância. Nessa hipótese, o legislador resguarda o direito do terceiro de boa-fé.

Antes de estudarmos o negócio indireto e o negócio fiduciário, traçaremos breves linhas sobre a causa.

Para Paulo Barbosa de Campos Filho, apesar de distintos os conceitos de objeto e a causa, no campo jurídico, há uma aproximação, enquanto "causa finalis" significar "o fim que se tem em vista ao praticar um ato". O autor cita Japiot – causa "é o fim imediato visado por quem se obriga" e Beudant – objeto é " a própria operação que as partes se propõem a realizar". Assim defende que o Código Civil de 1916 não adotou a causa, optando pelo objeto lícito. E ao analisar o art.90 do referido diploma legal concluiu tratar-se de motivo e não da "fausse cause" do art.1.131 do Código de Napoleão[106].

Para Nelson Nery Júnior o objeto deve ser compreendido em sua expressão ampla e finalística (operação visada), como englobante da idéia de causa (posição de Paulo Barbosa de Campos Filho). O objeto do contrato é a execução completa da obrigação. A causa finalis do contrato são as operações que as partes se propõem a realizar. A causa da obrigação deve ser vista no momento de seu cumprimento (Torquato, *Causa*, p.46). O objeto de uma obrigação é a execução da prestação. E o objeto da prestação é a coisa ou serviço[107].

Francisco Paulo de Crescenzo Marino considera como causa concreta o fim do negócio jurídico e como causa abstrata ou típica (enquanto função econômico-social

---

105 Enunciado n.292 do CJF: "Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra".

106 CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no código civil brasileiro*: dissertação de concurso à cátedra de direito civil da faculdade de direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, [s.d], p.49-50 e p.54.

107 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.243-44.

difundida por Betti) a causa do negócio jurídico. Assim o negócio fiduciário dá-se pela coligação entre dois negócios jurídicos, existindo multiplicidade de causas e unidade de resultado. A causa típica da compra e venda é a troca entre a coisa e o preço. A obrigação de natureza pessoal dirigida ao fiduciário tem como causa típica a "causa fiduciae". E o que caracteriza a venda e compra com o escopo de garantia é o seu fim, então a garantia não é causa, mas fim do negócio fiduciário[108].

Passemos a estudar o negócio indireto.

Acerca do negócio jurídico indireto, Moreira Alves explica que será considerado indireto, quando se utiliza de um negócio jurídico típico para um fim que extrapola o geralmente atingido. O referido autor cita como exemplo de negócio indireto a compra e venda com escopo de garantia, que é formada por um negócio jurídico típico (compra e venda) tendo como causa a troca da coisa por dinheiro e como motivo o uso da coisa como garantia do pagamento do crédito[109].

Orlando Gomes esclarece que na doutrina muito se discutiu sobre as semelhanças entre o negócio indireto e o negócio fiduciário, uns afirmando que há absorção, que esse se subsume ao primeiro e outros defendendo que se esgota naquele. O citado autor refere-se à posição de Cariota-Ferrara ao afirmar que na alienação em garantia as partes se valem de um meio não apto a alcançar o resultado querido. Orlando Gomes sustenta haver traços comuns entre o negócio indireto e o fiduciário, que, entretanto, não se reduzem um no outro, como se verifica do estudo da causa, sendo, portanto, figuras distintas[110].

Para Alfredo Buzaid o negócio fiduciário não se confunde com o negócio indireto, apesar de ambos terem em comum um motivo que excede a causa do negócio, têm objetivos diferentes[111]. No mesmo sentido é a posição de Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Os negócios jurídicos fiduciários diferem dos negócios indiretos, pelo aspecto estrutural e pela ausência do elemento fidúcia, essencial ao negocio fiduciário.[112]

---

108 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.53-54.
109 ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 5, n.11.
110 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p.26.
111 BUZAID, Alfredo. *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia*: Lei n.4.728, art.66. São Paulo: ACREFI, 1969, p.35-36.
112 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.62.

Guimarães Feliciano busca em Ascarelli identificar o negócio indireto distanciando-se da simulação e formando disciplina diversa, através dum fenômeno sociológico e histórico, que consiste no uso de um determinado negócio para obter fins diversos dos que lhe são próprios[113].

Já Itamar Gaino[114] identifica entre a simulação e o negócio indireto, certa similitude, que reside no propósito de alcançar um efeito jurídico por um meio, a rigor, não apropriado, quer por via oblíqua quer pelo uso de um negócio típico fora de seu fim específico. O que os difere: no negócio indireto aquilo que aparenta ser é o querido pela parte e na simulação não é o desejado, podendo existir em oculto, o negócio querido. Para o autor o negócio fiduciário é exemplo de negócio indireto.

Passemos a analisar o negócio fiduciário.

O negócio fiduciário tem no elemento confiança um traço essencial a sua conotação. Nesta há também um conteúdo de ordem moral e sob o aspecto filosófico encontramos em Aristóteles a ética aplicada ao comportamento humano[115].

Como vimos foram os romanos que desenvolveram mais proficuamente o instituto da fidúcia, através das modalidades "fiducia cum amico" e "fiducia cum creditore". Depois encontramos manifestações da fidúcia no antigo direito germânico e no antigo direito inglês.

Segundo Messina há três principais concepções acerca do negócio fiduciário. A primeira é a romana, cujo expoente é Regelsberger, a segunda concepção é a germânica, que em Schultze desenvolve a condição resolutiva e a última concepção é denominada por Messina como teoria da legitimação fiduciária, pois engloba diversas teorias sobre a relação entre fiduciante e fiduciário, tendo como precursor Dernburg[116].

---

113 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia*: das bases romanas à lei n. 9.514/97. São Paulo: LTr, 1999, p.184.

114 GAINO, Itamar. *A simulação nos negócios jurídicos*. Renan Lotufo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Prof. Agostinho Alvim, p.50-51.

115 Transcrevemos alguns trechos da obra Ética a Nicômano de Aristóteles:

- "Considerando que o presente estudo, diferentemente dos outros ramos da filosofia, tem um objetivo prático – já que não estamos pesquisando a natureza da virtude a fim de conhecer qual é a natureza, mas a fim de podermos nos tornar bons, sem o que nossa investigação seria inútil – é necessário, conseqüentemente, que encaminhemos nossa investigação para o âmbito da conduta e indaguemos como agir corretamente, uma vez que nossas ações, como asseveramos, determinam a qualidade de nossas disposições". (*Ética a Nicômano*, Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauro / São Paulo: EDIPRO,2002, p.67).
- "A virtude é, então, uma disposição estabelecida que leva à escolha de ações e paixões e que consiste essencialmente na observância da mediania relativa a nós, sendo isto determinado pela razão, isto é, como o homem prudente o determinaria". (*Ética a Nicômano*, 2002, p.74).

116 MESSINA, Giuseppe. *Scritti Giuridice*: I Negozi Fiduciari. Milano: Dott. A Giuffrè, 1948, v.I, p.18 e ss.

Alfredo Buzaid cita Andreas Von Thur, para quem o fiduciário tem com o terceiro uma relação plena enquanto titular do direito e limitada diante do alienante[117].

Moreira Alves traz a lição de Goltz, que ao estudar o conceito de Regelsberger conclui que o negócio fiduciário em sua estrutura interna é formado por dois contratos, um real positivo –responsável pela transferência da propriedade – e um contrato obrigatório negativo – obrigação de restituir ao fiduciante ou retransferir a terceiro. Essa a concepção dualista do negócio fiduciário. Por sua vez, Grassetti, em 1936, nos apresenta a concepção monista, em que concebe o negócio fiduciário como negócio unitário e causal, tendo como causa a "causa fiduciae", considerada atípica por falta de disposição legal[118]-[119].

Para Paulo Penalva Santos o aspecto bifronte do negócio fiduciário reside no fato de que entre as partes o seu fim é nitidamente obrigacional, e em relação a terceiro, assume natureza real, que é a desproporção entre o meio empregado e o fim obtido. A função do instituto descoberta por Regelsberger e desenvolvida, depois por Von Thur e Ennecerus, é representada pela validade e eficácia do "pactum fiduciae"[120].

Na lição de Pontes de Miranda: "Sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a que se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio fiduciário"[121]. Otto de Souza Lima define o negócio fiduciário como aquele em que há transmissão de coisa ou direito a outrem, para um determinado fim, assumindo o adquirente a obrigação de devolvê-los ao transmitente[122]. Para Melhim Namem Chalhub, pode ser compreendido como negócio jurídico inominado, em que uma pessoa transmite a propriedade de coisa ou a titularidade de um direito à outra, que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprindo esse encargo, retransmiti-la ao fiduciante ou a um beneficiário[123].

Cariota-Ferrara conceitua o negócio fiduciário como o resultado da conjugação de dois negócios: um de cunho real, com a transmissão definitiva e plena da propriedade

---

117 BUZAID, Alfredo. *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia*: Lei n. 4728, art.66. ACREFI, São Paulo, 1969, p.33.

118 MOREIRA ALVES, José Carlos. Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro. In: *Contratos nominados*. Yussef Said Cahali (coord.). São Paulo: Saraiva, 1995, p.26-27.

119 "Contudo, afigura-se mais correto considerar que o suporte fático do negócio jurídico fiduciário pode conter qualquer tipo de negócio jurídico de atribuição patrimonial, seja ele dispositivo (translativo, modificativo ou extintivo) ou obrigacional". (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.38).

120 (SANTOS, Paulo Penalva. *Obrigações e contratos na falência*. 2.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.202).

121 PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p.115-16, t. III.

122 LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.243.

123 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.38.

ou da titularidade de um direito e outro de natureza obrigacional, a obrigação de restituir ou transmitir a terceiro, após o cumprimento do pactuado. Ocorrendo o descumprimento da obrigação estipulada no pactum fiduciae, surge para o fiduciante a possibilidade de exigir o seu cumprimento ou perdas e danos. Há a extrapolação do meio empregado, em relação ao fim almejado pelas partes.[124]

Marcelo Terra explica que o negócio fiduciário caracteriza-se pela existência do risco, pela confiança depositada na pessoa do adquirente[125]. Paulo Restiffe Neto, por sua vez, atenta para a validade e seriedade dos negócios fiduciários inominados, pois as partes os confeccionam no seu próprio interesse, para a consecução de algum fim prático e lícito[126]. Caio Mário conclui: "O pressuposto básico do *pactum fiduciae* (válido como ato negocial) é, obviamente, não lesar os direitos de terceiros, pois do contrário a alienação fiduciária seria anulada por fraude" [127].

Homero Prates citando a lição de Ferrara distingue os negócios simulados dos negócios fiduciários: os negócios fiduciários são sérios e realizados pelas partes para alcançar um efeito prático determinado, "retamente querido", assim produz todos os efeitos ordinários[128].

Assim o negócio simulado não passa de um contrato fingido, não existente, enquanto que o negócio fiduciário é querido pelas partes e verdadeiro[129]. Além disso, o objetivo do negócio simulado é produzir uma aparência, é enganar, enquanto pelo negócio fiduciário[130], o que se pretende na realidade, é suprir um ordenamento jurídico defeituoso.

---

124 CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I negozi fiduciari*: transferimento, cessione e girata a scopo di mandato e do garanzia. Processo fiduciario. Padova: CEDAM, 1933.p.28.

125 *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.19.

126 RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária*: direito e ações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 07.

127 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. 12.ed. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.431.

128 PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude* da lei. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, pp. 74-75.

129 "Conseqüentemente, de um lado os negócios jurídicos fiduciários diferenciam-se dos negócios jurídicos relativamente simulados na medida em que nos primeiros os dois negócios jurídicos são coligados, compatíveis e de eficácia desejada e necessária para alcançar o fim prático, enquanto nos últimos anos os dois negócios jurídicos não são coligados nem compatíveis e as partes desejam apenas a eficácia de um deles (o negócio jurídico dissimulado)". (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.62).

130 Orlando GOMES citando lição de Francesco FERRARA aponta, nas palavras do civilista italiano, as seguintes diferenças entre fidúcia e simulação: "1) o negócio simulado é um negócio fictício, não real; o negócio fiduciário é um negócio querido e existente; 2) o negócio simulado se realiza para suscitar uma aparência, uma ilusão; o negócio fiduciário quer suprir uma ordem jurídica lacunosa ou evitar certas conseqüências importunas que derivam do negócio; 3) o negócio simulado é negócio único, jejuno de consentimento; o negócio fiduciário é a combinação de dois negócios sérios, um de natureza real, o outro,

Passemos a estudar a diferença entre negócio fiduciário e propriedade fiduciária[131].

Orlando Gomes sobre a propriedade fiduciária conclui que "surge como uma forma jurídica, compreendida na categoria dos negócios fiduciários, com autonomia dogmática, inferida de sua causa peculiar[132]". Assim, no Brasil, a propriedade fiduciária foi concebida como nova modalidade de propriedade, com caráter resolúvel pelo escopo de garantia.

O implemento da condição resolutiva gera efeitos automáticos para ambas as partes. Com o inadimplemento, perde o alienante a propriedade fiduciária, que consolida-se nas mãos do adquirente. Com o pagamento total da dívida, a consolidação ocorre nas mãos do fiduciante. Parece-nos plausível concluir que no caso brasileiro a confiança emana da lei, assim não se confunde com o negócio fiduciário, pois nesse a confiança reside na vontade das partes, que acordam na execução de um determinado. Assim não é negócio fiduciário na acepção do instituto que ora estudamos.

---

obrigacional, em partes elidentes, com uma influência contrária; 4) o negócio simulado não pretende alcançar resultado econômico diverso do jurídico; o fiduciário quer o resultado jurídico, mas sem o correspondente resultado econômico entre o escopo econômico e o meio jurídico adotado e 5) o negócio simulado é absolutamente nulo, assim não acarreta a transferência do direito e, por isso, o simulante continua proprietário". (*Alienação fiduciária em garantia*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 24).

131 "O melhor exemplo, no sistema jurídico brasileiro, de negócio jurídico típico que, apesar de carregar a fidúcia no nome, não pode ser considerado negócio jurídico fiduciário em sentido técnico, é a alienação fiduciária em garantia [...]" (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.60).

132 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p.69.

## 2. Análise do contrato de Alienação Fiduciária

### 2.1. O contrato e sua classificação doutrinária

Washington de Barros Monteiro citando Beudant esclarece que em Roma a convenção era termo genérico e compreendia os contratos dotados de força obrigatória e providos de ação e os pactos convenções sancionadas pelo direito civil, porém sem força obrigatória e despidos de ação[133].

Na formação contratual temos a proposta que se dá por meio de oferta, não dependendo, em regra, de forma especial. Na fase de negociação não há vinculação ao negócio jurídico e ocorrendo o desinteresse, hodiernamente, não acarreta qualquer responsabilização, salvo a falsa manifestação de interesse que cause prejuízo, caso de eventual apuração de perdas e danos. A proposta séria e consciente vincula o proponente. E a aceitação é a concordância com os termos da proposta. É a manifestação de vontade imprescindível para que se repute concluído o contrato, devendo ser pura e simples. Assim os contratos se aperfeiçoam com a aceitação.

Segundo Carvalho de Mendonça: "o contrato fica perfeito e acabado no sentido de criar direitos pessoais entre os contratantes, para ser um título de aquisição do domínio sobre a coisa e para as partes não mais poderem se arrepender. O domínio, porém, não se transfere efetivamente senão pela tradição"[134].

Caio Mário conceitua contrato, de forma estrita, como sendo "um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos"[135]. Na concepção clássica Clóvis Beviláqua também assinala: "contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos"[136]. E Sílvio Rodrigues o define como: "o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos"[137].

---

133 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil:* direito das obrigações 2ªparte. 35. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, v.5, 2007, p.04.

134 CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*. 4.ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1951, p.316.

135 PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*: contratos. 12.ed. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.7.

136 BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do Brasil*. 10ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953, comentário n.1 ao art.1079, v.4.

137 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.10, v.3.

Passemos a estudar alguns conceitos de alienação fiduciária, emanados por abalizada doutrina, anterior à entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Para Orlando Gomes a alienação fiduciária em sentido lato é "o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição[138]". Já Sílvio Rodrigues conceitua a alienação fiduciária em garantia como o negócio jurídico, em que o adquirente de um bem, o transfere ao domínio do credor que emprestou o dinheiro, para pagar-lhe o preço, continuando a possuí-lo e resolvendo-se o domínio do credor com o pagamento do preço[139]. Caio Mario define a alienação fiduciária como a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida[140].

Vimos que a alienação fiduciária em garantia era o negócio jurídico por meio do qual um bem era dado em garantia de uma dívida. Também constatamos que pertencia esse instituto ao direito dos contratos.

Passemos a estudar a natureza e classificação do contrato de alienação fiduciária[141].

Segundo Marcelo Terra o contrato de alienação fiduciária em garantia é um contrato acessório, uma vez que depende da existência de um principal, seja este uma compra e venda ou até um mútuo, podendo ser formado concomitantemente ao principal ou após a sua formação, seguindo-lhe a sorte em qualquer caso[142].

---

138 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*, 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 18.

139 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.179, v.3.

140 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das reais. 19.ed. rev. e atual. por Carlos E. do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.4.

141 Sobre o contrato de alienação fiduciária Luiz Rodrigues Wambier traça suas principais características, quais sejam: "É contrato resolúvel e transitório porque a transferência da propriedade, pelo devedor, em favor do financiador da compra de determinado bem de produção, se dá até o momento em que a dívida assumida com a obtenção do financiamento esteja paga. O financiador torna-se proprietário da coisa dada em garantia até o momento em que se opere a reversão da propriedade da coisa ao devedor, em razão do pagamento (isto é, da quitação do contrato de financiamento da compra e venda) e conseqüentemente da extinção da garantia". (WAMBIER. Luiz Rodrigues. Busca e apreensão na alienação fiduciária, *IOB* - Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, jul.1999, p.186).

142TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*: lei n. 9.514/97. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.23.

Silvio Rodrigues, sobre a natureza da alienação fiduciária em garantia de bem móvel a qualifica como negócio solene em que há uma compra e venda sob condição resolutiva[143]. Já Orlando Gomes, a caracteriza pelo fim negocial, "por via desse contrato, o devedor transfere ao credor a propriedade de bens móveis, para garantir o pagamento da dívida contraída, com a condição de, ao ser liquidada, voltar a ter a propriedade do bem transferido[144]".

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 foi desenvolvido o conceito de propriedade fiduciária, nova modalidade de direito real, que consiste em uma propriedade limitada pelo escopo de garantia, cuja condição resolutiva emana da lei. Assim a propriedade fiduciária, prevista num contrato acessório, pode ser contratada num momento posterior ou simultaneamente ao principal.

Vários são os casos de coligação contratual, sobretudo no mercado imobiliário. Teceremos alguns comentários sobre as coligações contratuais.

Tomemos como exemplo um indivíduo que quer comprar um imóvel, mas não possui a quantia suficiente. Esse indivíduo vai até o local de vendas, de um edifício pronto ou em construção, dirigido por uma imobiliária, e realiza um compromisso de compra e venda com a incorporadora, pagando módicas prestações até a entrega das chaves. Na ocasião em que se recebe a escritura do imóvel, contrai financiamento bancário, quitando a dívida junto à incorporadora e assumindo as prestações do mútuo mediante o oferecimento da propriedade fiduciária. Assim múltiplas são as relações entre os diferentes indivíduos.

Segundo Arnoldo Wald: "A conexidade no plano contratual corresponde à acessão nas relações entre os bens. Do mesmo modo que certos bens são acessórios em relação a outros, determinados contratos são dependentes, subordinados ou conexos com outros. A conexão surge entre dois contratos independentes ou entre um contrato principal e outro acessório"[145].

Rodrigo Xavier Leonardo nos oferece o conceito de redes contratuais como: "a coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável nexo econômico, funcional e sistemático". Para o citado autor, o liame

---

143 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.181, v.3.

144 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*, 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 20.

145 Wald, Arnoldo. Obrigações e contratos. 16.ed. rev., ampl. e atual. pelo Prof. Semy Glanz. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005, p.247.

entre contratos que interessa ao fenômeno das redes contratuais independe da manifestação expressa de vontade dos contratantes, pois o nexo que une os diversos contratos em rede deve ser objetivo, deve ser um reflexo da formulação de uma operação econômica unitária, propiciada ou potencializada pela união daqueles contratos[146].

Francisco P. de Crescenzo Marino justifica a importância da ampla concepção da coligação, discordando do entendimento restritivo doutrinário que pretende apenas como tal os casos de coligação "voluntária". Ao tratar da coligação natural, o citado autor explica sua origem na natureza acessória de um dos contratos envolvidos na coligação e toma como exemplos a união entre o contrato principal e o contrato de garantia, citando a fiança, a hipoteca e o penhor dentre outros[147]. Parece-nos ser também o caso do contrato de alienação fiduciária em garantia cuja natureza acessória torna-se visível ao garantir, muitas vezes, o contrato de mútuo.

Em linhas gerais, enquanto contrato acessório, a alienação fiduciária em garantia pode ser qualificada como: (i) bilateral, pois gera obrigações para ambas as partes; (ii) acessório, pois sua existência subordina-se a existência de um contrato principal, seguindo o seu destino; (iii) formal ou solene, porque depende de instrumento escrito, público ou particular; (iv) oneroso, eis que confere ao alienante o crédito e ao adquirente a garantia e (v) consensual, bastando o consentimento dos contratantes.

A alienação fiduciária enquanto contrato acessório estará sujeita as regras de interpretação dos contratos, aos princípios da teoria geral dos contratos e a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo no financiamento com pacto adjeto de alienação fiduciária. Este é o instrumento de manifestação da garantia. Já como nova modalidade de propriedade limitada no tempo pelo escopo de garantia está sujeita as regras gerais aplicáveis aos direitos reais e as regras especiais, fruto das disposições constantes de sua regulamentação particular.

---

146 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.137 e p.146.

147 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Contratos coligados no direito brasileiro. São Paulo, 2007, 278f. Tese de doutoramento – Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.127-29.

## 2.2. Elementos constitutivos.

Abriremos um parênteses e discorreremos sucintamente sobre os requisitos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico. Inicialmente, consigna-se que o Código Civil não adotou a tricotomia existência, validade e eficácia - apregoada por Pontes de Miranda.

Na doutrina não há consenso sobre quais os requisitos de existência, podendo-se citar a declaração de vontade, sendo imprescindível sua exteriorização[148]; a finalidade negocial e a idoneidade do objeto, ou compatibilidade com o meio contratual eleito. Ademais, quanto às condições de validade do negócio jurídico temos: (i) a capacidade do agente; (ii) objeto lícito[149], possível[150] e determinado ou determinável e (iii) forma[151] prescrita ou não defesa em lei.

O contrato que serve de titulo à propriedade fiduciária de bem móvel infungível conterá: (i) o total da dívida, ou sua estimativa; (ii) o prazo, ou a época do pagamento; (iii) a taxa de juros, se houver e (iv) a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

Já no que diz respeito à propriedade fiduciária de imóvel, o art. 24 da Lei 9.514/97 estabelece o que o contrato deverá conter: (i) o valor do principal da dívida; (ii) o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; (iii) a taxa de juros e os encargos incidentes; (iv) a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; (v) a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; (vi) a indicação, para efeito

---

148 Nesse sentido: Silvio Rodrigues: "O fator novo, elementar ao conceito de contrato é a coincidência de vontades, ou seja, o acordo entre dois ou mais participantes da convenção". (*Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.13, v.3).

149 O objeto lícito é aquele que não atenta contra a lei, a moral e os bons costumes.

150 A impossibilidade física, advinda das leis naturais, pode ser absoluta, que atinge a todos, sem discriminação ou relativa, caso em que não obsta a realização do negócio jurídico. Pode ainda a impossibilidade ser jurídica, isto é, oriunda de proibição do ordenamento jurídico.

151 A forma é o meio pelo qual se exprime a vontade e esta pode ser: (i) livre, em que se admite qualquer meio de manifestação; (ii) solene, em que a lei exige como requisito de validade do ato a prática por determinado meio. Por vezes, a lei poderá elencar uma única forma (CC, art. 108) ou admitir várias (CC, art. 62) e (iii) contratual, que é a convencionada pelas partes (CC, art. 109). A forma pode ser ainda dividida em (i) *ad solenitatum*, que é da essência do ato, ou (ii) *ad probationem tantum*, que visa facilitar a prova do ato.

de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão e (vii) a cláusula dispondo sobre os procedimentos do leilão.

### 2.3. Função social do contrato e teoria do adimplemento substancial

O contrato passa a externar não apenas o interesse das partes, mas comporta um feixe de relações sociais, onde se indubitável o caráter econômico, também presentes estão os princípios de ordem constitucional, ou seja, passa-se a contemplar a função social do contrato.

Colecionamos o conceito de função social[152] do contrato desenvolvido por alguns doutrinadores.

Para Miguel Reale a 'função social do contrato', representa uma justa composição de interesses individuais e coletivos, de tal forma que, se ele se rescinde devido ao inadimplemento de uma das partes, também pode ser resolvido se acontecimentos imprevisíveis tornarem por demais onerosa a prestação de um dos contratantes .

Segundo Humberto Theodoro Júnior "para delimitar o campo de atuação dos dois novos princípios consagrados pelo Código Civil de 2002- a boa-fé objetiva e a função social do contrato- impõe-se acentuar o seguinte: (a) ofende-se o princípio da boa-fé quando o contrato, ou a maneira de interpretá-lo ou de executá-lo redundam em prejuízo injusto para uma das partes; (b) ofende-se a função social quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial" .

Arnoldo Wald ao analisar a boa-fé[153] objetiva comenta que essa regra configura-se como cláusula geral, correspondente a garantir a relação entre o direito e a realidade social, o que permite a existência de um sistema jurídico aberto mutável e apto a

---

152 "A função social do contrato não diminui a influência da personalidade, da qual a liberdade contratual é apenas uma expressão, nos contratos, antes revaloriza a pessoa e sociedade, que se encontram em constante relação, apenas pontilhadas por variações históricas a traduzir novas harmonias, ora centrada na individualidade, ora voltada para a coletividade". (MANCEBO, Rafael Chagas. *A função Social do Contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.52).

153 "Efetivamente, o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos: e 3) na concreção e interpretação dos contratos". (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.62).

atender às exigências do mundo. “Assim, a cláusula geral fornece um ponto de partida para se alcançar resultados justos e adequados” .

Nesse sentido Cláudia Lima Marques: “A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância. Nas palavras visionárias de Morin, ‘l’homme n’apparait plus comme la seule efficiente du droit, mais il devient la cause finale’[154] .

Para Eduardo Sens dos Santos a função social do contrato tem o objetivo de garantir a justiça dos pactos. E isso ocorre quando os princípios contratuais fundamentais são atendidos, e pelo menos em tese o contrato é justo entre as partes, e, por fim, mantém adequadas prestação e contraprestação. Atende exigências éticas e sociais, incorporando valores, princípios e regras de conduta, contendo a função social e a idéia de bem comum[155].

Para Claudio Luiz Bueno de Godoy o contrato tem uma função social projetada, em primeiro lugar, entre as próprias partes contratantes, promovendo valores constitucionais, protegendo igualmente o corpo social, zelando pelo próprio desenvolvimento da sociedade. Essa face externa da função social do contrato, sua eficácia social, significa flagrante corte em um dos tradicionais princípios do contrato, o de sua relatividade. Em rigor o contrato não prejudica nem beneficia terceiros que lhe são alheios. Importa considerar que o contrato em hipótese alguma pode ser indiferente à sociedade em cujo bojo se insere. “A nova teoria contratual impõe se o compreenda como voltado à promoção de valores sociais e, mais, impõe se compreenda sua interferência na esfera alheia”. É forçoso admitir que hoje, o contrato pode afetar terceiro, de forma especial, obrigando a uma recompreensão de sua posição diante da avença. O contrato passa a não lhe ser indiferente, influindo de algum modo na sua esfera jurídica[156].

---

154 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.210.
155 SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p.154 e 156.
156 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. Renan Lotufo (coord.). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Prof. Agostinho Alvim, p.134-36.

Outro ponto que se coloca: a teoria do adimplemento substancial[157]-[158]-[159] encontra aplicação na alienação fiduciária em garantia? Parece-nos afirmativa a resposta, posto ser um princípio geral que tem fundamento no princípio da função social do contrato e, portanto, amplo espectro, desde que atendidas as exigências para sua configuração. Entretanto a manutenção do contrato não significa escusa de responsabilidade pelos eventuais prejuízos.

O modo normal de extinção dos contratos dá-se em regra pela execução. O cumprimento da prestação libera o devedor e satisfaz o credor. Nos contratos bilaterais, a idéia de reciprocidade nos leva a considerar que diante do inadimplemento[160] pode o contratante pontual exigir o seu cumprimento ou a rescisão cumulada com perdas e danos.

---

157 Alienação Fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido. (REsp 272.739/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001 p. 299).

158 "Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu: "Atentatório ao princípio da boa-fé almejar-se a reintegração de posse do bem alienado fiduciariamente quando o devedor adimpliu a quase totalidade do débito (vinte e uma de vinte e quatro prestações), faltando apenas três parcelas a serem solvidas. Limitação do direito formativo extintivo do credor de resolução do contrato de financiamento pela incidência do princípio da boa-fé objetiva em sua função de controle. Exercício abusivo do direito subjetivo de resolução, máxime quando o veiculo é utilizado como instrumento de trabalho para o agravante". (BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria Geral do Adimplemento Substancial*. Renan Lotufo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Agostinho Alvim, p.85)

159 Ementa: Alienação Fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido. (STJ, 4ª T., REsp 272739 / MG, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

160 - "Haverá cumprimento inexato sempre que o devedor realizar a prestação devida sem observar os princípios da boa-fé e da correspondência. O devedor cumpre, mas não o faz devidamente, seja em razão de que a coisa entregue ou o serviço prestado não contém as qualidades previstas ou exigíveis, seja pelo fato de que não observou um dever lateral de conduta, seja porque não cumpriu ponto por ponto o modelo obrigacional a que estava adstrito. Fica aqui excluído o aspecto temporal, uma vez que não se está referindo ao atraso no cumprimento, mas sim ao cumprimento feito em data oportuna, porém diverso do devido".

- "Emanação do princípio da correspondência ou pontualidade é a necessidade de o devedor prestar no momento previsto contratualmente ou disposto em lei supletiva em caso de omissão de contrato. Não observada tal conduta, haverá cumprimento retardado. 'Há cumprimento retardado quando no momento da prestação, esta não seja efetuada'. Corresponde ao aspecto objetivo e estrito da mora, ou seja, o retardamento na realização da prestação". (BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria Geral do Adimplemento Substancial*. Renan Lotufo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Agostinho Alvim, p.25 e p.28).

Segundo Eduardo Luiz Bussatta, o art. 475 do Código Civil autoriza a resolução do contrato. Diante do descumprimento da obrigação o credor está autorizado a buscar o desfazimento do negócio. Contudo, não há previsão legal especifica que qualifique o inadimplemento apto a ensejar o exercício do direito potestativo de resolver o negócio. Na regra legal prevê-se que o inadimplemento dá ensejo à resolução, não havendo nenhuma adjetivação. A teoria do adimplemento substancial contem em si, em última análise, a vedação do uso desequilibrado do direito de resolução e encontra fundamento na boa-fé objetiva, especialmente na sua função limitativa do exercício das posições jurídicas. A teoria do adimplemento substancial representa uma ruptura ética no direito legal de resolução, pois da interpretação isolada do art. 475 do Código Civil, ou das demais regras que positivam o direito à resolução do contrato pelo inadimplemento, não se pode deduzir a exigência criada pela boa-fé da gravidade do descumprimento[161].

Claudio Luiz Bueno de Godoy ao analisar a teoria do adimplemento substancial a considera como uma das vertentes da função social do contrato. Assim na vedação de resolução quando há adimplemento substancial, existe a manutenção do contrato, não só pelo interesse da parte, mas também da sociedade. O contrato é meio de transmissão de riquezas e de promoção de valores constitucionais, incluindo o solidarismo, que impede a iniciativa de resolução diante do quase resultado final do ajuste, razão do socorro à cláusula geral da boa-fé objetiva, que molda o comportamento da conduta leal e de colaboração que se espera dos contraentes. Essa questão, não pode ser examinada à luz, apenas, das disposições do Código de Defesa do Consumidor, ou disposto no artigo 5º, XXXII, ou, ainda, à luz do próprio princípio de equilíbrio contratual, refere-se à própria função que esses contratos de financiamento têm em permitir o acesso do indivíduo ao consumo de massa, ao não impedir possa o consumidor quitar seu atraso e adquirir o bem de consumo[162].

Eduardo Luiz Bussatta defende que o evidente desequilíbrio entre a resolução e o descumprimento insignificante que se postula, permite aplicar a teoria do adimplemento substancial, pautando-se pelo principio da boa-fé objetiva, como mecanismo limitativo ao exercício da posição contratual. Outro ponto que se coloca reside na faculdade conferida ao

---

161 BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria Geral do Adimplemento Substancial*. Renan Lotufo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Agostinho Alvim, p.83-84.
162 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. Renan Lotufo (coord.). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Prof. Agostinho Alvim, p.174-75.

credor pelo art.475 do Código Civil que permite a manutenção do contrato, condicionando tal solução ao interesse do credor e utilidade da prestação[163].

A manutenção do contrato de alienação fiduciária, por exemplo, por ocasião do inadimplemento de uma prestação[164] ou do direito de purgar a mora, significa dar efetividade ao princípio da função social do contrato, ao passo que se busca preservar a relação contratual.

Para Eduardo Luiz Bussatta, ainda que o Decreto-lei n.911/69, autorize a resolução do contrato e a busca e apreensão do objeto dado em garantia, o descumprimento deve ser grave. Entretanto, se o inadimplemento for de pequena importância, considerando-se o valor já pago pelo devedor, não se admite o desfazimento do vínculo, afastando-se a retomada do objeto. O mesmo ocorre no caso de arrendamento mercantil em que o pagamento do valor residual vem ocorrendo juntamente com as prestações mensais. Pondera o citado autor: por de tratar de prestação principal, há uma presunção de gravidade do descumprimento, assim cabe ao devedor provar que o cumprimento inexato satisfaz os interesses do credor, salvo, se as circunstâncias do caso concreto afastarem essa presunção[165].

Concluímos que a manutenção do contrato de alienação fiduciária em garantia é possível, aplicando-se à espécie a teoria do inadimplemento substancial com fundamento não no princípio da boa-fé objetiva, mas na função social do contrato. Ademais parece-nos importante restar demonstrada a desproporção da medida resolutiva frente ao inadimplemento e a existência de utilidade para o credor no ulterior cumprimento da prestação.

---

163 BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria Geral do Adimplemento Substancial*. Renan Lotufo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Agostinho Alvim, p 87-91.

164 “Ainda que não esteja o credor obrigado a receber por partes, se não houve contratação nesse sentido, ou, de acordo com a boa-fé objetiva, mesmo que se considere abusiva a recusa do pagamento parcial, é certo que em muitas circunstâncias de ordem prática o recebimento da prestação parcial satisfaz os interesses objetivos do credor e mantém o fim contratual, de forma que o contrato deve ser mantido, não se admitindo, por via de conseqüência, o pleito resolutório”. (Idem, 2007, p.113).

165 Idem ibidem, 2007, p.115-16.

# CAPÍTULO III – PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

## 1. Evolução Legislativa

A alienação fiduciária em garantia foi inserida no sistema jurídico brasileiro pelo art. 66 da Lei n.4.728, de 14 de julho de 1965 que disciplina o Mercado de Capitais e estabelece outras medidas para o seu desenvolvimento. Em que pese o avanço representado pela proteção do crédito, beneficiando diretamente os consumidores e a permanência do bem em poder do alienante, divergência existia sobre o meio hábil para reaver o bem daquele que inadimplente, negava-se a devolvê-lo.

Assim o Decreto-lei n. 911/69 afastou qualquer dúvida quanto ao desdobramento da posse e esclareceu que o devedor, possuidor direto, é depositário com todas as responsabilidades e encargos, atinentes à espécie, instituindo a ação de busca e apreensão especial. Atualmente o referido decreto continua vigente e aplica-se nas questões de ordem instrumental, como é o caso da ação de busca e apreensão.

Em 1997, surgiu a Lei n. 9514 que criou o Sistema Financeiro Imobiliário e a alienação fiduciária de coisa imóvel, regulamentando-a no capítulo II, nos artigos 22 a 33. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 a propriedade fiduciária de bem móvel infungível passou a ser disciplinada pelos artigos 1361 a 1368.

A lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004 introduziu o artigo 1368-A no diploma civil e criou a propriedade fiduciária de bem móvel fungível na lei do mercado de capitais.

As demais formas de fidúcia legal continuam regidas por leis específicas, aplicando-se, quando o caso, o Código Civil em caráter subsidiário.

Por fim, dentre as principais propostas de mudança que dizem respeito à propriedade fiduciária disciplinada nos artigos 1361 a 1368-A do CC, optamos por citar aquelas que constam dos projetos de lei elaborados pelo Deputado Ricardo Fiuza[166], numa louvável tentativa de atualizar o Código Civil às exigências da sociedade atual, assim como, para corrigir eventuais equívocos.

---

166 Os projetos de autoria do Deputado Ricardo Fiuza são o PL 6960/2002 e PL 7312/2002. A Comissão de Constituição e Justiça apresentou voto do Sr. Relator Deputado Vicente Arruda opinando pela constitucionalidade do projeto e oferecendo substitutivo. Ao art.1361, pela aprovação ao §1º, apresentando nova redação e rejeição ao §3º. Ao art.1362 pela rejeição. E ao art.1365 com aprovação ao parágrafo único, apresentado nova redação.

## 2. Propriedade fiduciária de bem móvel e imóvel.

### 2.1. Conceito, natureza jurídica e requisitos

Para Melhim Namem Chalhub o patrimônio de afetação pode ser concebido como "uma massa de bens afetada ao pagamento de uma massa de dívidas". É o conceito de Ferrara citado também por Luiz Roldão de F. Gomes[167]. Assim pela teoria da afetação o fiduciante transfere o bem afetado ao fiduciário para restituí-lo após o pagamento. A propriedade fiduciária[168]-[169], disciplinada no Código Civil, nos termos do art. 1361, "caput", pode ser concebida como o domínio resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor com escopo de garantia transfere ao credor. Para Marco Aurélio S. Viana, há uma restrição temporal, porque o fiduciário adquire uma propriedade temporária, sujeita a condição resolutiva, sendo a propriedade restrita e resolúvel[170].

Para Silvio Rodrigues a propriedade fiduciária é o domínio resolúvel de coisa infungível que o adquirente do crédito transfere ao financiador até este ser pago do preço[171]. Para Caio Mário trata-se de um novo direito real de garantia, que veio complementar o quadro já conhecido[172]. Para Washington de Barros Monteiro é um novo direito real abrangendo somente bens móveis infungíveis[173]. Maria Helena Diniz considera que a propriedade fiduciária decorre da alienação fiduciária em garantia, e consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de coisa móvel infungível, como garantia de seu crédito[174].

Em princípio, qualquer pessoa, física ou jurídica, com capacidade para os atos da vida civil, pode alienar em garantia, desde que tenha o domínio da coisa ou que venha a

---

167 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.e.d Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.198.

168 Para Arnoldo Wald: "Salta aos olhos o principal diferenciador entre os demais direitos reais limitados de garantia, em que o titular tem direito real sobre coisa alheia, e a alienação fiduciária, na qual o credor é titular do direito real pleno de propriedade, ainda que sofra limitações". (WALD, Arnoldo. Do regime legal de alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 24, n.51, jul./dez., 2001, p.261).

169 Para José Eduardo Loureiro a propriedade fiduciária e o novo instrumental criado em favor dos credores para o recebimento do crédito, são os pilares de atuação do mercado financeiro". (LOUREIRO, José Eduardo. Alienação fiduciária de coisa imóvel. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n.63, jun. 2001, p.86).

170 VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao novo código civil*: dos direitos reais. Sávio de F. Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, pp.525-526.

171 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das coisas, 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.241.

172 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direitos reais. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.426, v.4.

173 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. 37.ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p.246, v.3.

174 DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*: de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2202). 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.891.

tê-lo[175]. Nesse sentido é a posição de Caio Mário[176] dentre outros doutrinadores. J. B. Torres de Albuquerque explica que pode ser objeto de alienação fiduciária o imóvel concluído ou em construção, admitindo a contratação por pessoa física ou jurídica[177]. Em sentido estrito, os sujeitos do contrato de alienação fiduciária são dois: o fiduciante e o fiduciário. Para Melhim Namem Chalhub[178]no mercado imobiliário, poderão figurar o incorporador e o adquirente ou além destes uma financiadora. Parece-nos pertinente a observação de Marcelo Terra no sentido de que a alienação fiduciária poderá garantir os financiamentos habitacionais no âmbito do SFH[179].

Parece-nos possível, de acordo com o art.1361, §3º do Código Civil, a celebração da alienação fiduciária sem que o devedor seja o proprietário do bem dado em garantia da dívida. Marco Aurélio S. Viana sustenta que "a propriedade superveniente implica na transferência da propriedade fiduciária, sem que seja necessário qualquer outro ato posterior"[180]. E nos termos do art. 22 da Lei n.9.514 a alienação fiduciária tem como objeto coisa imóvel. Para Eduardo de Assis B. Rocha, esse instituto pode ter como objeto bens concluídos ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI[181].

Com o adimplemento da obrigação garantida cessa a posse indireta exercida pelo adquirente e o alienante recupera a posse plena do bem, assim como, readquire a propriedade fiduciariamente transferida, ou seja, em razão da condição resolutiva, pelo pagamento, a propriedade se consolida no alienante, se ocorre o inadimplemento, consolida-se em favor do adquirente.

---

175 Para Francisco C. de Assis Santos: "O setor econômico da construção civil, pretendeu deixar claro não se cogitar de operação privativa das entidades relacionadas no art. 2º da lei, mas facultada a qualquer um, imóvel pronto ou em construção" (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A regulamentação da alienação fiduciária de imóveis em garantia. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, ano2, n.4, jan./abr., 1999, p.32).

176 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direitos reais. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.428, v.4.

177 ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis*: doutrina, pareceres, jurisprudência e legislação. 2.ed. rev. e atual. Araras: Bestbook, p.38.

178 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.

179 TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 28.

180 VIANA, Marco Aurélio S. In: *Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.16, p.522.

181 ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 21, n.45, set./dez. 1998, p.96.

O art.1361 do Código Civil fala em coisa móvel[182] infungível[183], o que passa a ser objeto de estudo. Para Caio Mário, há dois elementos na caracterização da *res mobilis*: (i) serem suscetíveis de remoção por força própria; (ii) conservarem a própria substância ou destinação econômica[184].

Resta-nos examinar a infungibilidade[185]. Para Maria Helena Diniz, bens infungíveis são os que, pela sua qualidade individual, têm valor especial, não podendo ser substituídos sem que isso acarrete a alteração de seu conteúdo[186].

O §1º do art. 1361 do Código Civil deixa claro a necessidade do contrato, instrumento escrito, público ou particular. A regra geral é a liberdade de forma, exceto quando a lei determina forma específica. Podemos concluir com Caio Mário, que o registro formal é, e sempre foi, da essência do ato, pois que sem o instrumento escrito não haverá arquivamento no Registro de Títulos e Documentos para valer contra terceiros, e é óbvio que se a alienação fiduciária não for oponível a terceiros não transmite a propriedade, uma vez que é da essência desta a oponibilidade *erga omnes*[187]".

O conceito de alienação fiduciária em garantia de imóveis está no art. 22 da Lei n.9.514/97 que dispõe que a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual o devedor, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor da propriedade resolúvel de coisa imóvel.[188] O art. 23 da referida lei estabeleceu que se constitui a propriedade fiduciária de coisa imóvel com o registro do contrato, no competente Registro de Imóveis. Valestan da Costa ao discorrer sobre o contrato de alienação fiduciária de imóveis ressalta

---

182 Silvio Rodrigues citando lição de Beviláqua conceitua os bens imóveis "como aqueles que se não podem transportar, sem destruição, de um lugar para outro". (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 32.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.122, v.1).

183 O artigo 82 do CC dispõe que são móveis, os bens suscetíveis de movimento próprio, isto é, os semoventes, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. E o art. 83 do CC trata dos móveis por imposição legal. Portanto, o Código divide os bens móveis em duas classes, os móveis por natureza e aqueles por disposição legal.

184 PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil e teoria geral do direito. 21.ed. atual. por Maria Celina B. de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.422, v.1.

185 Quanto ao aspecto da infungibilidade, Luiz Edson Fachin considera bens infungíveis, aqueles que por sua qualidade individual possuem um valor especial, acarretando com sua troca uma perda de conteúdo". (FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao código civil*: parte especial do direito das coisas. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2003, p.342, v.15).

186 DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 9.ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.101.

187 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direitos reais. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.431, v.4.

188 Ementa: Processual Civil. Locação. Penhora. Direitos. Contrato de Alienação Fiduciária. O bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato seja constritos. Recurso especial provido. (STJ, 5ªT., REsp 260880/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 13.12.2000, DJ 12/02/2001 p. 130).

que enquanto perdura o fim especial, o bem fica a salvo de quaisquer ações de terceiros, exceto dos tributos que incidem sobre o imóvel[189].

**2.2. Dos direitos, deveres e obrigações do fiduciário e do fiduciante.**

Citaremos em primeiro lugar os principais direitos do fiduciante na lei n.9.514/97: (i) possuir a coisa (art.23, par. ún.), (ii) readquirir a coisa (art.25); (iii) consignar em pagamento (arts. 890 a 900, do Código de Processo Civil); (iv) purgar a mora (art.26, §1º); (v) direito de cessão (art.26, §8º) e direito à averbação (art.167, II, 21 da Lei n.6.015/73); (vi) direito de locar (art.27, §7º); (vii) direito à quitação plena (art.27, §7º) e (viii) direito ao saldo obtido com o produto do leilão (art.27, §4º).

Dentre as principais obrigações do fiduciante, na lei n.9.514/97, temos: (i) a obrigação de pagar os tributos que incidam sobre o imóvel (art.27, §8º); (ii) a obrigação de não alienar o imóvel objeto de garantia (art.29); (iii) obrigação de restituir o imóvel, na hipótese de insolvência, para realizar a consolidação da propriedade nas mãos do credor e (iv) a obrigação de pagar a dívida (art.25).

A principal obrigação do fiduciante é o adimplemento da obrigação conforme pactuado, mediante o pagamento regular da dívida.

O art.1363 do Código Civil garante ao devedor às suas expensas e risco usar a coisa segundo a sua destinação, com a diligência exigida na espécie e obriga-o à entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no seu vencimento. Importante comentar que o devedor tem direito ao saldo do leilão, após paga a dívida, se sobejar. Porém se vendida a coisa e o produto não bastar para saldar a dívida, continua o devedor obrigado pelo restante.

Passemos a enunciar os direitos e obrigações do credor fiduciário na lei n.9.514/97: (i) direito à propriedade limitada e resolúvel (art.22); (ii) direito à consolidação (art.26); (iii) direito á reintegração de posse (art.30); (iv) direito à posse ficta (art.23, par.ún.); (v) direito ao despejo (art.27, §7º); (vi) direito de vender extrajudicial ou judicialmente (art.27, §7º); (vii) obrigação de dar a quitação (art.25, §§1º e 2º); (viii) obrigação de não molestar a posse; (ix) obrigação de entregar o saldo (art.27, §4º) e (x) obrigação de financiar conforme o avençado.

---

189 COSTA, Valestan Milhomem da.*A alienação fiduciária no financiamento imobiliário.* Porto Alegre: SAFE, 2005, p.21.

Por fim enunciaremos os direitos e obrigações do credor fiduciário de bens móveis: (i) fiduciário não pode molestar a posse do fiduciante; (ii) o fiduciário tem o direito de proceder a venda do bem, após consolidada a propriedade; (iii) o fiduciário pode valer-se da ação de busca e apreensão especial (arts. 3º ao 5º do Decreto-lei n.911/69); (iv) o fiduciário tem a obrigação de entregar o que sobejar do produto obtido com a venda do bem alienado fiduciariamente.

**2.3. Inadimplemento e suas conseqüências**

Relembramos que o contrato nasce do acordo de vontades, produz os efeitos que lhes são próprios e extingue-se normalmente pela execução, o cumprimento libera o devedor e satisfaz o credor. Assim sua extinção pode ocorrer com o pagamento, com o perecimento do objeto, com a desapropriação, dentre outros meios. Pela importância escolhemos discorrer sobre o inadimplemento e a consolidação da propriedade.

Vencida a dívida e não paga fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiro e a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das demais despesas, devolvendo ao devedor, o saldo, se houver. Ademais, tem-se como nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, em razão do inadimplemento. Para Luiz Edson Fachin o inadimplemento provoca a busca pela efetividade do processo na consecução do crédito e sanciona aquele que deixou de cumprir, o que, com efeito, lhe incumbia”[190].

A mora[191]-[192] pode ser concebida como o retardamento – atraso - ou como o imperfeito cumprimento da obrigação (prestação em lugar ou forma diversa da convencionada). Significa atestar a existência de utilidade ou proveito para o credor, ainda que haja o cumprimento tardio, caso contrário, ter-se-ia o inadimplemento absoluto, ou seja, a prestação tornar-se-ia inútil ao credor, que buscaria as perdas e danos.

---

190 FACHIN, Luiz Edson.*Comentários ao código civil*: parte especial. Do direito das coisas. AZEVEDO, Antônio Junqueira (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p.356, v.15.

191 “Diante do exposto, podemos justificar a fórmula que aventamos para caracterizar o inadimplemento absoluto e a mora, a saber: ‘ Há inadimplemento absoluto quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação; há mora quando persiste essa possibilidade’ (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p.44).

192 A mora do devedor pode ser classificada em mora *ex re*, em razão de fato previsto na lei e mora *ex persona*, que se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial. Quanto aos requisitos da mora solvendi pode-se enumerar os seguintes: (i) exigibilidade da prestação; (ii) inexecução culposa e (iii) constituição em mora, quando *ex persona*. Seus efeitos principais são a responsabilidade por todos os prejuízos causados ao credor (CC, art. 395) e a perpetuação da obrigação (CC, art. 399), uma vez que o devedor responde ainda que ocorra circunstância caracterizada como força maior ou caso fortuito.

Na alienação fiduciária, configurando-se o inadimplemento do devedor, o credor deverá promover a notificação do devedor para constituí-lo em mora, considerando todas as prestações vencidas, e o fará por meio do protesto do título ou por carta registrada expedida pelo Registro de Títulos e Documentos. Como veremos o procedimento de busca e apreensão[193] previsto no Decreto-lei n.911/69 continua vigente para os casos de alienação fiduciária regidos pelo Código Civil, assim como para aqueles disciplinados pela Lei do Mercado de Capitais (art.66-B).

A expropriação dá-se preferencialmente pela alienação particular – leilão extrajudicial -, podendo o credor escolher o meio que julgar mais conveniente. Existindo saldo remanescente, o alienante continua obrigado, não tendo o credor garantia real em relação a esta.

Passemos a analisar o inadimplemento e suas conseqüências para os imóveis.

---

193 Transcrevemos vasta jurisprudência sobre a configuração da mora e a ação de busca e apreensão.
- TJ/RJ, 13ª Câm. Civ., Agr I n.2008.002.34193, Des. Ademir Pimentel, j.29.12.2008
Ementa: Processual Civil. Agravo de Instrumento. Pretensão de Purga da Mora de forma parcelada. Impossibilidade. Recurso ao qual se nega seguimento ao abrigo do art. 557, do Código de Processo Civil. I - Não se encontra na legislação de regência possibilidade de purga de mora de forma parcelada no contrato de alienação fiduciária em garantia;II - Recurso ao qual se nega seguimento ao abrigo do art. 557, do CPC.
- TJ/RJ, 8ª Câm. Civ. AgrI n.2008.002.27361, Des. Orlando Secco, j.19.12.2008.
Ementa: Agravo de Instrumento. Processual Civil. Alienação Fiduciária. Bem móvel. Impontualidade. Busca e Apreensão. Mora debitoris. Comprovação. Notificação extrajudicial. Expedição por cartório sem atribuição territorial. Invalidade do ato. Inteligência sistemático-finalística das súmulas 55 e 103, TJERJ e Aviso nº509/2006 da E. CGJ/TJERJ c/c súmula 72,STJ. Pretensão recursal manifestamente contrária aos precedentes desta Corte e da Corte Superior. Manutenção da decisão. Negativa de seguimento ao recurso.
- TJ/RJ, 13ª Câm. Civ., Ap. Civ. n.2008.001.54497, Des. Mario Assis Gonçalves, j.18.12.2008.
Ementa: Busca e Apreensão. Alienação Fiduciária. Veículo apreendido. Dívida integralmente quitada. Desistência não aceita pela parte ré. Reconvenção. Pleito de devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados. Dano moral. Não tendo sido pago o valor indevidamente cobrado não há como se falar em devolução em dobro dos referidos valores, na forma preceituada no art. 42, parágrafo único do CDC. No caso em análise, não restam dúvidas de que a circunstância atentou contra a dignidade da parte, não se podendo chamar o acontecido de mero aborrecimento, restando configurado o dano moral. O montante de R$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais), arbitrado na sentença, é compatível com a repercussão dos fatos narrados nestes autos e foi fixado de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser mantido.Recursos aos quais se nega seguimento.
- TJ/RJ, 6ª Câm. Civ., Ap.Civ. n.2008.001.64365, Des. Rogério de Oliveira Souza, j.18.12.2008. Ementa: Busca e Apreensão. Ação Consignatória. Alienação Fiduciária. Inadimplemento do devedor. A ação de busca e apreensão tem cognição restrita, tendo por objeto apenas a restituição do bem alienado fiduciariamente em favor do credor. A discussão sobre o valor da dívida só é cabível se houver a purga da mora. O simples ajuizamento de ação consignatória sem a correspondente oblação do débito não tem o condão de obstar a constrição judicial do bem em ação própria. Inteligência do parágrafo 4º do art. 3º do Decreto-Lei 911/69, com a redação dada pela Lei 10.931/2004. Manutenção da sentença.
- TJ/RJ, 13ª Câm. Civ. AgrI n.2008.002.29116, Des. Nametala Machado Jorge, j.18.12.2008.
Alienação Fiduciária em Garantia. Busca e Apreensão. Mora. “Dies interpellat pro homine”. Liminar. Na alienação fiduciária em garantia, a teor do art. 2º, § 2º, do Decreto Lei 911/69, a mora é “ex re”, pois decorre do simples vencimento do prazo para o pagamento. A carta registrada, cuja expedição é exigida pelo referido dispositivo legal, tem por finalidade exclusiva comprovar a mora. Assim, não se impõe demonstrar a sua efetiva entrega ao destinatário, basta a prova de que tenha sido remetida ao endereço certo do devedor. Precedentes. Recurso provido com base no art. 557, § 1º-A, do CPC.

Nos termos do art. 26 da Lei n. 9.514/97, vencida e não paga a dívida e constituído o devedor em mora, consolida-se a propriedade nas mãos do fiduciário. Ao fiduciante é dada a oportunidade de saldar a totalidade da dívida, no prazo de quinze dias; será intimado pessoalmente, respeitando-se o período de carência definido no contrato, após o qual será expedida a intimação. Se a mora for purgada no Registro de Imóveis, a lei determina que o contrato convalescerá, entregando o oficial do Registro ao fiduciário as importâncias recebidas, nos três dias seguintes à purgação. Se o prazo de quinze dias decorrer "in albis", o oficial do Registro certificará esse fato e promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade, em nome do fiduciário. A lei também prevê a possibilidade do fiduciante dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, com a anuência do fiduciário.

No tocante a carência, faz-se necessário observar que o contrato deve estabelecer o prazo mínimo de carência, após o qual o credor poderá iniciar o procedimento de cobrança; cessa aqui a liberdade contratual das partes, pois o procedimento legal de intimação do devedor não se altera por disposição de vontade dos contratantes[194].

Entendemos que o prazo de quinze dias é o mínimo para que o devedor purgue a mora. Não o fazendo, o oficial de registro de imóveis expedirá certidão de não comparecimento, que autoriza o credor a recolher o imposto de transmissão 'inter vivos' e a consolidar a propriedade em seu nome. Parece-nos correto sustentar que pelo princípio da indivisibilidade da garantia, o pagamento de parcela da dívida não implica em liberação proporcional[195].

Uma vez consolidada a propriedade, o fiduciário promoverá público leilão para a alienação do imóvel. No primeiro leilão se o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, no prazo de quinze dias será realizado um segundo, cujo mínimo será o valor da dívida, caso em que não atingido, considera-se extinta a dívida e o credor fica desobrigado de entregar ao devedor a importância que sobejar.

---

194 Nesse sentido: Marcelo Terra. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.43.

195 Cândido Rangel Dinamarco propõe analisar a extinção da dívida e do vínculo obrigacional no caso de um crédito garantido por mais de um bem alienado fiduciariamente, concluindo com base no art.758 do Código Civil de 1916 que o pagamento de parte da dívida não exonera parte dos bens. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação fiduciária de bens imóveis (parecer), *Revista de Direito Imobiliário*, ano24, n.51, São Paulo, jul./dez., 2001, p.248).

A consolidação da propriedade pelo credor é assegurada, no caso dos bens móveis, pela ação de busca e apreensão especial, e no caso dos imóveis pela reintegração de posse, com medida liminar, contra o devedor-fiduciante.

**2.4. Breves comentários sobre a Lei n. 4.728/65**

A Lei n.4.728, de 14 de julho de 1965, disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. O art.66 desta Lei dispunha sobre a alienação fiduciária de coisa móvel e foi alterado pelo art.1º do Decreto-lei n.911/69, posteriormente revogado pela Lei n.10.931/2004.

A Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004 revogou expressamente os artigos 66 e 66-A da Lei n. 4.728/65 e introduziu o artigo 66-B definindo características especiais para a constituição da propriedade fiduciária no mercado financeiro e de capitais.

Assim o art.66-B da Lei do Mercado de Capitais com a nova redação trata do contrato de alienação fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, enumerando outros requisitos para sua constituição, além daqueles previstos no Código Civil.

E nos termos do §1º do art.66-B, imputa ao fiduciário o ônus da prova contra terceiros, quanto à identificação de seus bens. Aplica-se, também aqui, o procedimento de busca e apreensão previsto no Decreto-lei n.911/69. Merece menção o fato da propriedade fiduciária de bem móvel fungível (Lei n.4.728/65, §3º, art.66-B) ser admitida para garanta de créditos no mercado financeiro, tendo aplicação restrita. Porém nos questionamos sobre a fungibilidade ser compatível com a alienação fiduciária, e com a previsão de que a posse (direta e indireta) permaneça com o credor. Melhim Namem Chalhub afirma: “Trata-se de aberração jurídica, que desfigura por completo a transmissão fiduciária em garantia”[196].

196 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. ampl. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.195.

Parece-nos que assiste razão às criticas de alguns doutrinadores[197], quanto ao descompasso existente entre esta figura jurídica e a propriedade fiduciária, cuja característica de infungibilidade do bem permanece essencial, assim como o desdobramento da posse.

## 3. Propriedade fiduciária e outras figuras.

### 3.1. Hipoteca

O instituto da hipoteca[198]-[199] está disciplinado nos artigos 1.473 a 1.505 do Código Civil. A hipoteca[200]-[201]-[202] constitui direito real de garantia, em que há vinculação

---

197 Sobre esse assunto ver. Márcio Calil de Assumpção. *Ação de busca e apreensão*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.165-170.

198 Pela importância transcrevemos breve trecho das Institutas de Justiniano: Livro Quarto. Título VI. Das ações. "§7º. A ação Serviana e a ação quase-Serviana, também chamada hipotecária, nascem igualmente da jurisdição do pretor. A ação Serviana incide sobre coisas do colono, que garantem, a título de penhor, o pagamento da renda. A ação quase-Serviana é a ação mediante qual os credores perseguem seus penhores ou hipotecas. Entre penhor e hipoteca, no que se refere à ação hipotecária, não há diferença alguma, pois ambas as denominações se aplicam às coisa que o credor e o devedor convencionam sujeitar ao pagamento da dívida, mas o penhor e a hipoteca diferem sob alguns aspectos. Designa-se propriamente pelo nome de penhor a garantia da dívida entregue ao credor, tratando-se de móvel, ao passo que, pelo nome de hipoteca, designa-se a garantia constituída apenas pelo consenso das partes, sem tradição da coisa". (JUSTINIANO I. *Institutas do imperador Justiniano*. tradução J. Cretella e Agnes Cretella, 2.ed. ampl. e rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.244)

199 Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia ao discorrerem sobre os pactos pretorianos, mais especificamente sobre o pactum hypothecae o conceituam como: "pacto adjeto para garantir uma obrigação: o devedor concedia ao credor um direito de hipoteca i.é., a faculdade de vender, em caso de inadimplemento, um determinado objeto, haurindo no seu valor econômico a satisfação do crédito. (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.214).

200 "A hipoteca é o direito real, constituído em favor do credor sobre coisa imóvel do devedor ou de terceiro, tendo por fim sujeita-la exclusivamente ao pagamento da dívida, sem todavia tirá-la da posse do dono". "Como todo direito real, a hipoteca tem um caráter absoluto, vigora contra todos (adversus omnes), e, enquanto se não extingue, acompanha a coisa pelas mutações por que passa. Daí o direito do credor de penhorar o imóvel em poder de quem quer que o detenha, e de excuti-lo. Este direito se denomina - direito de seqüela". "O direito de seqüela e o de preferência eis a virtude, a força da hipoteca. A preferência, porém, não é, como a seqüela, um corolário necessário do elemento real, mas tão-somente um predicado que a lei artificialmente confere à hipoteca, predicado que também pode ser atribuído a direitos puramente pessoais". (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, v.2, p.420-421).

201 Para Pontes de Miranda a hipoteca é: "Direito real restringente, e não limitativo do domínio, a hipoteca de modo nenhum corta o domínio, de modo nenhum o desmembra. Apenas se lhe restringe a disponibilidade quanto ao valor que ela garante: do domínio pode dispor o dono; da enfiteuse, o enfiteuta; e da posse própria, quem a tem sobre o bem gravado, não do valor, que está subordinado, erga omnes, à seqüela e a preferência".

de um bem ao pagamento de uma dívida, assegurando ao credor a preferência no recebimento de seu crédito, ainda que o bem permaneça em poder do devedor ou de terceiro. Seu objeto versa sobre imóveis, aeronaves ou navios. E o devedor proprietário tem sua livre disposição. Ademais só os imóveis passíveis de alienação são hipotecáveis. Para Eduardo Espínola a hipoteca "foi concebida e regulada, de modo geral, como direito real de garantia, consistindo em sujeitar um imóvel ao pagamento de uma dívida de outrem, sem tirá-lo da posse do dono"[203]. Para Silvio Rodrigues: "A hipoteca é o direito real recainte sobre um imóvel, um navio ou avião que, embora não entregues ao credor, o asseguram, preferentemente, do cumprimento da obrigação"[204]. Para Washington de Barros Monteiro: A hipoteca é direito real, que vincula o bem gravado, adere à coisa como a sombra ao corpo (*adhaeret ossibus rei, ut lepra cuti*)[205]. Para Arnaldo Rizzardo, vem a ser um direito acessório, realizando-se em favor de um credor[206].

Enumeremos as características[207] desse instituto. A hipoteca é direito real. É direito de garantia, tendo natureza acessória. É indivisível, ou seja, enquanto não paga a totalidade da dívida persiste a garantia. Aplicam-se ainda os princípios da especialização e da publicidade, daí o necessário registro que concebe eficácia *erga omnes*.

Com a edição da súmula n.308[208] do STJ garantiu-se maior proteção ao adquirente do imóvel hipotecado[209]. Francisco P. de Crescenzo Marino ao examinar os

---

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Direitos reais de garantia. hipoteca, penhor e anticrese. Rio de Janeiro: Borsoi, t.XX, p.56-58).

202 Cabe salientar que a propriedade fiduciária de bem imóvel não se confunde com a hipoteca, garantia real que incide sobre coisa alheia, ao passo que aquela recaí sobre coisa própria.

203 ESPÍNOLA, Eduardo. *Os direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958, p.400.

204 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das coisas. 27.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.390, v.5.

205 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. 37.ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus MALUF, São Paulo: Saraiva, 2003, p.404, v.3.

206 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.1059

207 José Serpa Santa Maria enumera quatro características da hipoteca: (a) a aderência ao bem gravado, a hipoteca o acompanha e ganha efeito *erga omnes* com o registro; (b) a acessoriedade da garantia, ou seja, constituído o crédito temos a obrigação principal de natureza pessoal, que gera a garantia, de direito real, seguindo-lhe a sorte; (c) a posse, que permanece junto ao devedor podendo dela usufruir e (d) a indivisibilidade, que resulta da lei e recai sobre o vínculo, abrangendo a totalidade da coisa gravada, que segundo Lafayette Pereira e Dionísio Gama repousa no vinculo, não dependendo da coisa em si. Como conseqüência para os irmãos Mazeud se o crédito se extingue, torna-se nulo ou se resolve, a hipoteca também. (SANTA MARIA, José Serpa. *Curso de direito civil*: direitos reais limitados. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 283-284).

208 STJ, Súmula n.308: "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel".

209 Marcelo Terra ao discorrer sobre o descrédito da hipoteca enumera a demora em sua execução e a perda de eficácia do direito de seqüela, nos casos de falência do devedor hipotecário (TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.21-22). Nesse sentido Arthur Rios: "O quase colapso dos mecanismos judiciais brasileiros pelo processualismo existente diminuiu também a importância da hipoteca, que para realizar o crédito passa por um processo de execução judicial tormentosa". (RIOS,

contratos coligados no campo do sistema financeiro da habitação explica que a ineficácia do contrato de hipoteca firmado entre a financeira e a construtora, ainda que anterior ao contrato de venda e compra e constante do respectivo instrumento, conforme súmula n.308 do Superior Tribunal de Justiça, funda-se naquilo que denominou coligação com escopo existencial habitacional. Para o citado autor um contrato existencial é aquele celebrado por pessoa, não empresária, com escopo distinto do lucro[210]. Assim concordamos com o citado autor. No âmbito da habitação, o contrato firmado com o intuito de adquirir a casa própria seria o escopo do conjunto contratual devendo preponderar como forma de justiça social.

### 3.2. Compromisso de compra e venda

O Decreto-lei n.58/37 conferiu direito real ao compromissário comprador que levasse ao registro o compromisso irretratável de venda e compra de um bem de raiz. A nova redação ao art.22 do Decreto-lei n.58/37, estendeu essa benesse aos imóveis não loteados.

Posteriormente, a Lei n.6.014/73 passou a exigir o registro do compromisso e a ausência da cláusula de arrependimento, admitindo sua celebração por instrumento público ou particular. A Lei do Parcelamento do Solo Urbano derrogou o Decreto-lei n.58/37, que passou a ter aplicação restrita aos imóveis rurais. Quanto aos imóveis loteados, o art.25 da Lei n.6.766/79 declarou irretratáveis os contratos, devidamente registrados, e que conferem direito á adjudicação compulsória[211].

A promessa de compra e venda[212] está disciplinada nos artigos 1.417 e 1418 do Código Civil. O compromisso de compra e venda é um contrato preliminar e autônomo, que confere direitos reais ao compromitente comprador. Convencionam os contratantes a feitura definitiva do contrato de venda e compra, assim como a escrituração. Segundo Washington de Barros Monteiro é um novo direito real, voltado a garantir, efetivamente,

---

Arthur. A garantia fiduciária e seu efeito transformador dos contratos. *Jurisprudência Brasileira*: cível e comercial. Curitiba, n.187, 2000, p.12).

210 MARINO, Francisco P. de Crescenzo. Contratos coligados no direito brasileiro. São Paulo, 2007, 278f. Tese de doutoramento – Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.243-49.

211 STF, Súmula n.413: “O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais”.

212 STF, Súmula n.412: “No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal, por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem o recebeu, exclui indenização maior, a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo”.

aquele que se compromete a adquirir um imóvel. “Trata-se, em outras palavras, de direito à aquisição para o futuro”[213].

O direito real à aquisição do imóvel é adquirido pelo promitente comprador pela promessa de compra e venda, celebrada por instrumento público ou particular, em que não há cláusula de arrependimento, desde que registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Assim o promitente comprador, titular do direito real, paga a dívida, pode exigir a outorga da escritura definitiva do promitente vendedor ou de terceiro, e ocorrendo a recusa, pode requerer a adjudicação do imóvel ao juiz.

Dessa forma, a execução do compromisso irretratável de compra e venda pode dar-se por duas formas: (i) pela escritura definitiva outorgada pelo promitente vendedor ou (ii) pela adjudicação compulsória. Segundo Caio Mário: “celebrado o contrato de promessa de venda, já era ele dotado de execução direta, podendo exigir o promitente-comprador a declaração de vontade da outra parte, e valendo a sentença pela escritura definitiva recusada”[214]. Para Arnoldo Wald, sendo a promessa de compra e venda um contrato preliminar, que exige os elementos essenciais do contrato definitivo o promitente vendedor, quando casado, necessita, da outorga uxória[215].

A Súmula n.239 do STJ[216] reconheceu o direito à adjudicação compulsória sem o implemento da condição registral. Muitos doutrinadores entendem que esta Súmula não está em consonância com o disposto no art.1.417 do CC e, portanto, não pode ser aplicada[217]. Para Silvio Rodrigues, o que confere ao compromissário comprador o direito real, é a inscrição do título constitutivo no Registro de Imóveis[218]. Para Caio Mário, o momento mais importante é a inscrição no registro imobiliário”[219].

Como vimos, no compromisso de compra e venda, o bem permanece no patrimônio do credor, enquanto na alienação fiduciária, somente por exceção. Assim a

---

213 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. 37.ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p.325.
214 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direitos reais. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.450, v.4.
215 WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 16.ed. rev., ampl. e atual. pelo Prof. Semy Glanz. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005, p.352.
216 STJ, Súmula n.239: “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.
217 Ver Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*: direito das coisas. 37.ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf, São Paulo: Saraiva, 2003, p.327 e Maria Helena Diniz. *Código civil anotado*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 931-932.
218 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das coisas. 27.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.326, v.5.
219 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direitos reais. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.449, v.4.

extinção do compromisso de compra e venda gera a restituição das parcelas pagas pelo promitante-devedor, deduzidas as despesas e encargos atinentes à espécie. E na alienação fiduciária em garantia o credor consolida a propriedade do imóvel, impondo a lei que proceda a venda (leilão extrajudicial, em regra), entregando ao devedor o saldo do produto obtido no leilão.

## 4. Características comuns à propriedade fiduciária de bem móvel (CC/2002) e imóvel (Lei n. 9514/97).

### 4.1. O registro

Como o registro é necessário para a produção de efeitos erga omnes, entendemos que a forma escrita seja seu pré-requisito. No mesmo sentido Marco Aurélio S. Viana sustenta que "a prova do negócio se faz por escrito, e o registro gera a oponibilidade a terceiros, assegurando a execução dos direitos inerentes à alienação"[220].

A propriedade fiduciária de bem móvel, constitui-se mediante o registro do contrato[221] no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor e se veículo automotor faz-se também o registro na repartição competente para o licenciamento[222], mediante anotação no certificado de propriedade. Já a propriedade fiduciária de bem imóvel constitui-se mediante o registro do contrato no competente Registro de Imóveis.

---

220 VIANA, Marco Aurélio S. In: *Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.16, p.525.

221 Lembremos que no direito brasileiro, o contrato, por si só, não produz a transferência ou aquisição do domínio, portanto, tem o caráter meramente obrigatório, segundo o sistema romano, pelo qual *traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*. Assim a propriedade dos imóveis transfere-se mediante o registro do título translativo (art. 1245, CC) e a dos móveis pela tradição (art. 1267, CC). Portanto, para que a propriedade fiduciária tenha eficácia contra terceiros, é necessário o registro.

222 Cláudio Vieira de Melo considera mais acessível à população a consulta nas repartições de trânsito. (MELO, Cláudio Vieira de. A desnecessidade do registro do contrato de alienação fiduciária. *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos*. ITE, Bauru, n.27, dez./mar., 1999-2000, p.451).

Para Moreira Alves o contrato de alienação fiduciária quanto à natureza jurídica é de direito das coisas, mas dele não nasce, independentemente de um modo de aquisição, o direito real, que é a propriedade fiduciária[223]. Quanto ao registro, este confere presunção *juris tantum* de domínio, sendo ato solene, transfere-o ao adquirente[224].

Após demonstrarmos a importância do registro para a constituição da propriedade fiduciária, surge interessante questão quanto ao desdobramento da posse.

Analisemos a cláusula *constituti*. A transferência da posse pode dar-se como resultado do consenso das partes, caso do *constituto possessório*. Alguém aliena um bem de sua propriedade e continua com a posse direta deste (a outro título) e a posse indireta é transferida a outra pessoa por meio da cláusula. Para Washington de Barros Monteiro o constituto possessporio é o ato pelo qual aquele que possuía em seu nome passa a possuir em nome de outrem[225]. Para Caio Mário o constituto possessório é uma técnica de aquisição derivada[226].

Em princípio defendeu-se que a propriedade fiduciária constituía-se pelo constituto possessório, todavia era necessário a manifestação expressa no contrato, ou implícita. Então Orlando Gomes adotou a tese do constituto por presunção legal, o qual Moreira Alves refutou, por entender que se trata de tradição ficta, por força da lei, como conseqüência necessária do negócio jurídico.

## 5.2. Escopo de garantia.

Segundo Marco Aurélio S. Viana: "Não basta o negócio jurídico de compra e venda para que tenhamos a propriedade fiduciária. Ela reclama que haja um fim de garantia - o diploma civil fala no escopo de garantia"[227]. Para Orlando Gomes, a alienação

---

223 ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 59.

224A tradição, por sua vez, pertinente aos bens móveis, pode ser conceituada, por Caio Mário como ato de entrega da coisa ao adquirente. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das coisas. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.170, v.3). E Moreira Alves esclarece ser a tradição tanto modo de aquisição da propriedade quanto da posse e que, em ambos os casos, esta pode ser efetiva ou ficta. (Alves, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 45).

225 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. 37.ed. ver. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 35, v.3.

226 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das coisas. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.48, v.4.

227 VIANA, Marco Aurélio S. In: *Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.16, p. 524.

fiduciária em garantia traz na propriedade fiduciária a própria garantia do crédito, eis que pela transferência do domínio resolúvel busca-se satisfazer as exigências daquele que dispõe do dinheiro, sem privar o devedor do uso da coisa[228].

Cândido Rangel Dinamarco ao estudar a possibilidade de incidência múltipla da garantia sobre o mesmo bem socorre-se do instituto da hipoteca para então argumentar: pela admissibilidade de alienar fiduciariamente ao mesmo credor o mesmo bem sucessivas vezes, em garantia de diversos créditos[229].

Para Moreira Alves[230] a propriedade fiduciária constitui garantia real, pois serve para garantir o cumprimento da obrigação. A propriedade fiduciária é constituída com o escopo de garantia.

### 5.3. Condição resolutiva

A propriedade fiduciária não se confunde com a propriedade resolúvel. Entendemos que não constituem expressões sinônimas. Para Orlando Gomes, na propriedade resolúvel, a causa da revogação há de ser estabelecida, em cláusula informativa de condição ou termo.[231]

A resolução da propriedade fiduciária em decorrência da cessação da garantia pode resultar da exclusão da obrigação, ou da venda pelo credor da coisa alienada fiduciariamente, ou ainda, da renúncia deste à garantia; mas para Moreira Alves não resulta das partes haverem estipulado, na alienação fiduciária, uma condição resolutiva[232]-[233] (*conditio facti*), mas sim, da circunstância de que essa resolução se dá por força de lei

---

228 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p.16.

229 DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação fiduciária de bens imóveis (parecer), *Revista de Direito Imobiliário*, ano24, n.51, São Paulo, jul./dez., 2001, p.247.

230 ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 115.

231 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 18.ed. atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.237.

232 Carlos Alberto Dabus Maluf citando lição do Prof. Vicente Ráo conceitua condição como "modalidade voluntária dos atos jurídicos que lhes subordina o começo e o fim dos respectivos efeitos à verificação, ou não verificação, de um evento futuro e incerto". (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.4).

233 Para Maria Helena Diniz: "A condição resolutiva subordina a ineficácia do negócio a um evento futuro e incerto. Enquanto a condição não se realiza, o negócio jurídico vigorará, podendo exercer-se desde a celebração deste o direito a que a ela se opõe". aniquilamento, não podia transferir para o adquirente um domínio pleno, do qual não tinha titularidade" (DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 9.ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.133).

(*conditio iuris*), sendo, portanto, elemento integrante da estrutura da propriedade fiduciária[234].

Para Aderbal da Cunha Gonçalves: A titularidade fiduciária, como denomina Castro y Bravo, se alicerça no pacto fiduciário, o fiduciário não adquire uma propriedade plena e definitiva, mas limitada no tempo e restrita. "O caráter essencial da propriedade resolúvel está na previsão da sua extinção no próprio ato da constituição do direito, através da inserção da cláusula resolutiva"[235].

Para Moreira Alves, na alienação fiduciária, com o pagamento, o devedor adquire a propriedade plena, por força da resolução. Se vencida e não paga, o fiduciário continua com a propriedade resolúvel e entra na posse plena, tendo o ônus de aliená-la, pagar-se e devolver ao alienante o saldo, se houver. A alienação da coisa é imperativa, sendo nula a cláusula comissória. Com a alienação também extingue-se a propriedade resolúvel[236].

Cabe observar que na propriedade resolúvel não há o escopo de garantia como previsto na fiduciária. Na propriedade fiduciária enquanto perdura a garantia, a lei a comprime, deixando de ser necessária, a propriedade volta a sua plenitude. É o chamado princípio da especialização.

**5.4. Vedação do pacto comissório**.

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. Para Washington de Barros Monteiro, a nulidade é *ipso iure*, não gerando qualquer efeito no mundo do direito se, eventualmente, o fiduciário descumprir a determinação legal[237]. Para Joel Dias Figueira Júnior, a intenção do legislador é reforçar a idéia de vender o bem alienado fiduciariamente[238]. Caio Mário assume posição contrária à proibição da cláusula

---

234 ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 121.
235 GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel*: sua projeção na alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.276-77
236 ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 121.
237 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. 37.ed. ver. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 250, v.3.
238 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Novo código civil comentado*. FIUZA, Ricardo (coord.). 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.1116.

comissória, pois entende que não caberia ao legislador impor-lhe a obrigação de alienar, eis que não se trata de penhor ou hipoteca[239].

Na propriedade fiduciária de bem imóvel, findo o segundo leilão, permite a lei que o credor permaneça com o imóvel, liberando o devedor da responsabilidade pelo eventual saldo remanescente. Parece-nos que a salvaguarda é uma medida de natureza compensatória, diante da gravidade da medida expropriatória. Também parece-nos que há uma mitigação da proibição do pacto comissório, ainda que indiretamente, eis que a ratio legis, a nosso ver, também teria fundamento na eqüidade.

Caramuru Afonso Francisco ao comentar o art.27, §8º da Lei n.7.514/97, que estabelece a responsabilidade do fiduciante pelo pagamento[240] das taxas e demais encargos sobre o imóvel, entende que havendo saldo a pagar deve este ser descontado a título de compensação mediante a apuração discriminada dos valores. E quanto à taxa de ocupação defende a estipulação de tal valor com base na alienação do bem, valor de mercado (considerando que já houve hasta pública) e não aquele estipulado no contrato, o que reputa ofensivo ao art.51, inciso X do Código de Defesa do Consumidor[241]. Concordamos com essa posição.

---

239 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das coisas. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do R. Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 438-439, v.4.

240 Ementa: Civil e Processual. Agravos Regimentais. Contrato de Financiamento Garantido por Alienação Fiduciária. Comissão de Permanência. Inacumulabilidade com quaisquer outros encargos remuneratórios ou Moratórios. Capitalização dos juros. Art. 591 CC/2002. Fundamento inatacado. Súmula n.283 do STF. Descaracterização da Mora. Honorários Advocatícios. Compensação. I - Segundo o entendimento pacificado na e. Segunda Seção (AgRg no REsp n. 706.368/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJU de 08.08.2005), a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios que, previstos para a situação de inadimplência, criam incompatibilidade para o deferimento desta parcela. Constatada a presença dos juros moratórios e da multa contratual para o período de inadimplência, inviável a concessão da comissão de permanência conforme contratada. II - Inviável o recurso que deixa de atacar o fundamento do acórdão objurgado, que com fulcro no art. 591 do novo Código Civil afastou a insurgência acerca da capitalização mensal dos juros (Súmula n.283/STF). III - A descaracterização da mora ocorre pela cobrança de encargos indevidos, como, no caso concreto a capitalização mensal dos juros, entendimento amparado na jurisprudência pacificada na Segunda Seção do STJ, nos termos do REsp n. 163.884/RS, Rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, e REsp n. 713.329/RS, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito. IV - Quando ocorrer sucumbência parcial na ação, impõem-se a distribuição e compensação de forma recíproca e proporcional dos honorários advocatícios, nos termos do art. 21, caput, da lei processual. V - Agravos improvidos. (STJ, 4ªT., AgRg no REsp 990830 / RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j.24.06.2008, DJ 01.09.2008).

241 FRANCISCO, Caramuru Afonso. *O novo regime jurídico dos contratos, das incorporações e do registro imobiliário e da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.149-50.

# CAPÍTULO IV. ASPECTO PROCESSUAL

## 1. A efetividade do processo

O direito surge como resultado do convívio coletivo e organizado dos indivíduos, como necessidade de regulamentação do comportamento humano e assenta-se na pacificação com vistas ao desenvolvimento social. Assim, deixando para trás a autotutela, o homem busca no Estado a solução dos conflitos que vivencia em sociedade, ou seja, assume o Estado-juiz[242] o papel constitucional de tutelar o direito daquele que lhe vem às portas. É o processo o instrumento de concretização do direito material. Bedaque[243] leciona: "tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado". Portanto, discute-se a necessidade de ser a tutela jurisdicional prestada de forma célere e efetiva.

Como vimos, ao Estado cabe o exercício da jurisdição com o fim de tutelar as relações entre os indivíduos mediante provocação. É a busca pelo bem da vida que motiva o homem a litigar. Portanto, a este direito subjetivo corresponde a obrigação do Estado de prestar a tutela jurisdicional, entendida esta como adequada a tutelar o direito material. Neste ponto, concebemos a prestação da tutela jurisdicional como medida necessariamente apta a concretizar no plano do direito material aquilo que o chamado consumidor da jurisdição veio pleitear. É o acesso à justiça que passa a nortear a mente do estudioso do processo, não mais como simples ideal, mas sim como garantia constitucionalmente prevista e realizável. Nesse sentido Cappelletti[244] sustenta: "o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos".

---

[242] MARINONI, Luiz Guilherme escreve: "O Estado ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se o agir privado não estivesse proibido". (*Antecipação da tutela*. 9.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.26).

[243] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.29.

[244] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 8.

O artigo 5º da Magna Carta traz preceito informador de todo o sistema jurídico brasileiro, consistente na garantia de acesso ao Poder Judiciário, cuja máxima dá-se pela busca de uma tutela jurisdicional efetiva. Tal efetividade há muito clamada pelos operadores do direito se desdobra sob diferentes prismas de um mesmo quadro, cujo contorno é conferido pela necessidade de um Judiciário apto a solucionar, dentro de um breve limite temporal, os conflitos sociais. Concluímos que a fugacidade temporal do processo enfraquece a efetividade da tutela jurisdicional. Cruz e Tucci escreve: "a excessiva duração do litígio vulnera a garantia do devido processo legal[245]".

Sustenta Barbosa Moreira: "toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca[246]". Por um lado temos a necessidade de um processo célere que satisfaça aquele que aparenta ter o melhor direito, o que não significa dizer que se coloca em segundo plano os demais princípios constitucionais do processo que informam o devido processo legal. Mais especificamente põe-se como necessário o equilíbrio entre efetividade da tutela que compreende a celeridade e a segurança jurídica, valor sempre presente no ordenamento jurídico. Ambos são igualmente importantes, porém o legislador, em determinadas circunstancias, dá mais ênfase a um destes. Adverte Bedaque[247]: "por isso, na medida do possível, as soluções urgentes devem ser provisórias, com a única finalidade de assegurar a efetividade da tutela final e definitiva".

A Emenda Constitucional n.45 incluiu no artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII que expressamente garantiu a todos aqueles que tiverem acesso ao âmbito administrativo e judicial a razoável duração do processo, bem como a celeridade de sua tramitação. Não importa para o presente trabalho, o debate acadêmico sobre a necessidade desta previsão constitucional, ou se tal preceito estava intrínseco ao sistema, ou ainda se era deste dedutível; mas sim, interessa-nos reconhecer que a garantia do acesso à justiça não se exaure com o início do processo, mas perdura por toda a sua tramitação e mais especificamente se coaduna com uma tutela jurisdicional que seja útil e eficaz à proteção do direito material. Cruz e Tucci[248] pondera: "não basta, pois, que se assegure o acesso aos

---

[245] CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.11.
[246] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências contemporâneas do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.3. *Temas de direito processual.*
[247] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.83.
[248] CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.88.

tribunais, e, conseqüentemente, o direito ao processo. Delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito no processo), com a verificação de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, em um breve prazo de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado".

Um processo que perdura por longo tempo se coloca diante do processualista como inimigo implacável que reduz significativamente a eficácia da tutela jurisdicional e mais, frustra a perspectiva de justiça do indivíduo que se socorre de um Poder Judiciário que sucumbe à morosidade. A demora excessiva implica um ônus. Dinamarco leciona: "o que recebe destaque, agora, é a necessidade de incrementar o sistema processual, com instrumentos novos e novas técnicas para o manuseio dos velhos, com adaptação das mentalidades dos profissionais à consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número de pessoas". Citamos a conclusão de Bedaque[249]: "reside aí, portanto, a difícil missão do processualista moderno. Adequar o sistema processual às necessidades do direito material, que requer soluções cada dia mais rápidas, sem que isso implique, todavia, sacrifício indevido da posição de um dos sujeitos parciais da relação processual".

Assim, o acesso à justiça[250] de um lado visa assegurar o alcance de todo e qualquer indivíduo ao Estado-juiz, que irá prestar a tutela jurisdicional e, de outro, entende-se que esta deve ser prestada de forma íntegra, adequada, dentro de um justo espaço de tempo, eis dois lados de uma mesma garantia constitucional. Cappelletti[251] observa: "a expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos".

---

[249] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.83.

[250] BEDAQUE, José Roberto dos Santos escreve: "o estudo do processo pela perspectiva do direito de acesso ao Poder Judiciário não satisfaz. De que adianta para o ordenamento substancial, para a efetiva pacificação, assegurar-se o direito de demandar? Necessário que o consumidor do serviço jurisdicional obtenha a satisfação total de seus interesses legitimamente postulados, pois apenas esse resultado atende à promessa estatal de proteção aos direitos". (*Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.29).

[251] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 8.

É um dever do Estado garantir a participação do indivíduo junto ao Estado-juiz, por políticas sociais, assim como, é uma necessidade para a concretização de uma tutela jurisdicional efetiva a existência de um processo justo, equânime e célere.

Àquele que se destina o provimento jurisdicional final, depara-se com questão singular, cujo cerne recai na efetividade desta medida. Compreendemos que o jurisdicionando ao buscar o Judiciário espera a satisfação de sua pretensão. Supondo alcançar um pronunciamento favorável, qual a surpresa deste ao defrontar-se com sua ineficácia no plano do direito material, quer pelo perecimento do próprio direito, quer por qualquer outro motivo que obste a sua satisfação. Cássio Scarpinella Bueno[252] comenta: "o que é importante, pois, ter em mente, destarte, é que tutela jurisdicional significa, a um só tempo, o 'tipo' de proteção pedida ao Estado-juiz, mas também – senão principalmente – os efeitos práticos dessa proteção no plano do direito material. Não basta que o juiz profira sua sentença. Isso não é suficiente para que ele entregue ao jurisdicionando que tem razão a 'tutela jurisdicional'. É mister que aquilo que estiver decidido na sentença possa, vez por todas, surtir efeitos práticos e palpáveis".

Criaram-se então tutelas de urgência, que visam amparar situações emergenciais, que devido a sua peculiaridade, tornam ineficaz o provimento final. Recai neste ponto, outro aspecto da luta contra o tempo que é travada durante o processo. Ressaltemos que a cautelar ou mesmo a antecipação de tutela, dentre outros, visam justamente combater a ineficácia do provimento final. Esta é outra faceta do acesso à justiça, ressaltando-se tratar-se a efetividade do processo de concepção ampla, senão multifacetada. Marinoni[253] critica: "a pouca sensibilidade para a necessidade de adequação do processo ao direito material e o fascínio que o procedimento comum sempre despertou nos processualistas permitiram o surgimento de lacunas no sistema processual de tutela dos direitos".

Nesse sentido Bedaque[254] conclui: "a natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto,

---

[252] BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva. 2004. p.20

[253] MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

[254] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 17.

uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende".

Outro ponto que colocamos, diz respeito a antecipação de tutela nos casos de abuso de defesa e naqueles em que há parte incontroversa do pedido. Nestes não se teme o perigo de lesão irreparável causada pelo decurso do tempo, mas sim, visa-se, no primeiro caso, coibir práticas manifestamente protelatórias e, no segundo, pretende-se propiciar ao autor da demanda a tutela daquilo que é evidente, logo que possível, ou seja, sobre o qual não recai nenhuma discussão no processo. As cautelares e a antecipação de tutela são medidas provisórias que perduram enquanto necessárias para assegurar a efetividade do processo, ou seja, a produção de um efeito real. Salienta Marinoni[255]: "como é sabido, o art. 5º, XXXV, da CF, não só garante o direito de acesso à justiça, mas igualmente o direito à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional".

Por fim, João Batista Lopes[256] citando Andrea Proto Pisani explica que: "historicamente as causa que justificaram o recurso à tutela sumária foram: a) evitar o custo do processo de cognição plena e exauriente onde não há séria vontade de contestar do réu; b) evitar que o réu abuse do direito de defesa que lhe é garantido pelo processo de cognição plena e exauriente e c) necessidade de assegurar a tutela de urgência em todas as situações em que a demora na solução do processo de conhecimento causar prejuízo irreparável".

Ao falarmos em efetividade do processo nos referimos num primeiro momento ao acesso geral, amplo e irrestrito, garantido constitucionalmente a todo e qualquer indivíduo que sofra lesão a direito ou se encontre sob ameaça de sofrê-la, de socorrer-se ao Poder Judiciário para pleitear a prestação da tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional[257], como visto, deve ser adequada a proteger de forma concreta e útil o direito material. Este é o cerne da efetividade do processo, a busca de resultados práticos, aptos a

---

[255] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e julgamento antecipado*: parte incontroversa da demanda. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.158.

[256] LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*: de acordo com a lei n. 10.444/2002. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.42.

[257] No artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF temos duas importantes premissas: uma diz respeito a razoável duração do processo e outra a celeridade. Nota-se que o tempo é uma constante no processo, afinal tem este um caminho a percorrer, o que significa demandar tempo o seu regular desenvolvimento. Portanto o que se combate é o excessivo formalismo técnico, é a demora como fonte de injustiça, que causa prejuízos à parte, por vezes, irreparáveis. Nesse sentido a exposição de Athos Gusmão CARNEIRO: "cumpre, pois, a um processo civil moderno, instituir uma redistribuição dos ônus processuais naturalmente decorrentes do transcurso do tempo, e para tanto, impuseram-se formas diferenciadas de tutela". (*Da antecipação de tutela*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.05).

tutelarem o direito material. Não se resume à celeridade, apesar de ser esta uma das questões que se colocam presentes, pelo contrário a absorve. Oportuno transcrevermos as palavras de Bedaque[258]: "a garantia de ingresso em juízo, que modernamente vem sendo denominada de inafastabilidade da tutela jurisdicional, não se limita, todavia, a assegurar, em sede constitucional, o direito de acesso. Sugere a doutrina processual comprometida com os resultados do processo que o princípio da inafastabilidade significa oferta de efetiva tutela aos titulares de interesses amparados pelo Direito. É lícito concluirmos, pois, a partir desta premissa, que o legislador constitucional, preocupado em proporcionar aos litigantes acesso à ordem jurídica justa, consagrou outras garantias visando a esse objetivo".

## 2. Tutela Antecipada

Primeiramente, relataremos o panorama processual brasileiro até 1994: não havia uma regra geral que conferisse ao operador do direito, em determinadas situações de dano irreparável, medidas urgentes, aptas a garantir a efetividade do provimento final. Existiam situações excepcionais em que o próprio legislador previa a adoção de liminares, como na ação de mandado de segurança e nas possessórias. E as cautelares também eram utilizadas para esse fim e, portanto, ao anteciparem algum efeito prático desejado pelo autor eram classificadas como satisfativas. Surgiu na doutrina processualista forte discussão no sentido da necessidade de se criar uma regra geral para o que se convencionou chamar de antecipação dos efeitos da tutela, inclusive procurando-se superar o embate doutrinário quanto a inexistência da cautelar satisfativa.

Assim, a lei n. 8952/94 alterou a redação do art. 273 do Código de Processo Civil estabelecendo em nosso sistema uma regra geral que previa a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. Kazuo Watanabe já destacava sua utilidade ao apontar mais propriamente pela admissibilidade da antecipação de seus efeitos práticos.

Quanto às características do instituto processual da antecipação dos efeitos da tutela[259] podemos citar: i) o caráter provisório da medida; ii) a existência de cognição

---

[258] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.84.

[259] Segundo José Roberto dos Santos Bedaque: "O pedido de antecipação não se refere à própria tutela declaratória, condenatória ou constitutiva, mas aos efeitos que qualquer delas tende a produzir no plano

sumária[260]; iii) a reversibilidade dos seus efeitos práticos, como regra, entretanto, não absoluta; iv) a execução provisória e v) que o processo prossegue normalmente até final julgamento, após a concessão ou não da tutela antecipada. Por fim, a concessão da tutela antecipada pelo magistrado requer a presença de prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação, assim como de uma das situações previstas nos incisos I e II do art. 273 do CPC, ou seja, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que esteja configurado o abuso do direito de defesa. A terceira hipótese está prevista no §6º do referido artigo.

Da leitura do "caput" do art. 273 do CPC entendemos que o juiz concederá tutela antecipada mediante requerimento da parte que formulou o pedido inicial, consoante o princípio da demanda[261], o que em outras palavras afasta a concessão de ofício. Quanto à necessidade de requerimento da parte, encontramos entendimento destoante em Bedaque[262], que admite a possibilidade da concessão de ofício em situações especialíssimas. No tocante à possibilidade do réu pedir antecipação de tutela, a doutrina aceita nas chamadas ações dúplices. Nesse sentido Athos Gusmão Carneiro[263]. Marinoni[264] admite a tutela antecipada requerida pelo réu quando reconvinte, pelo opoente na oposição, e também pelo autor no chamamento ao processo.

Há divergência na doutrina sobre legitimidade do Ministério Público. Luiz Rodrigues Wambier[265] sustenta que o assistente simples e o Ministério Público, como fiscal da lei podem requerer a tutela antecipada, mas seus efeitos não os atingirão. Nelson

---

material e que não possam aguardar o momento oportuno para que tal ocorra, sob pena de não mais ter utilidade para o titular do direito". (*Código de processo civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 801).

[260] Acerca da cognição sumária, Kazuo Watanabe explica: "A convicção do juiz, na cognição sumária, apresenta todos esses graus. Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especialidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina". (*Da cognição no processo civil*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005, p. 148).

[261] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.149-50.

[262] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: *Código de processo civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord). São Paulo: Atlas, 2004, p. 807.

[263] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 62.

[264] Em termos gerais a maioria da doutrina admite a antecipação de tutela na reconvenção, na oposição e no chamamento ao processo. Há divergência quanto ao cabimento da antecipação na denunciação da lide, ao passo que MARINONI a admite (*Antecipação da tutela*. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.183-84); Athos Gusmão Carneiro acredita ser pouco provável (*Da antecipação de tutela*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.61).

[265] *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.333, v.1.

Nery Junior[266] sustenta que o Ministério Público pode requerê-la, quer atue como parte ou como fiscal da lei, tendo os mesmos poderes e ônus que as partes. No sentido contrário, citamos a posição de Antônio Cláudio Machado da Costa[267] que entende não ter o Ministério Público o exercício do direito de ação nem de exceção.

Durante todo o processo de conhecimento[268] é possível requerer a antecipação de tutela, assim como a conceder, inclusive na fase recursal. O magistrado ao conceder a antecipação durante o processo de conhecimento, em fase anterior à sentença, procura assegurar ao autor usufruir da execução provisória. Mais razão há no momento de prolação da sentença, juízo de certeza e exauriente[269]-[270]. Conceber a impossibilidade dessa concessão seria tecer posição conflituosa com os fins perseguidos pelo moderno processo civil. Em outros termos, perder-se-ia o mobil deste importante instrumento. Neste sentido, Athos Gusmão Carneiro[271] faz menção ao entendimento do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira pela admissibilidade, posto admitir-se na cognição incompleta, justifica-se muito mais depois da instrução plena, no momento da sentença.

A doutrina também diverge quanto à forma de sua concessão. Alguns autores sustentam que deva ocorrer nos capítulos da sentença, como Cândido Rangel Dinamarco[272], já Marinoni[273] entende que deva ser concedida no mesmo instrumento, anterior à sentença, em interlocutória, da qual cabe o recurso de agravo, recebido em regra

---

[266] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 719.

[267] COSTA, Antônio Cláudio Machado da. *Tutela antecipada*. 3.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, pp. 515-516.

[268] Pela importância, transcrevemos o posicionamento de MARINONI: "A tutela antecipada somente deverá ser prestada – fora, obviamente, casos excepcionais – após apresentada contestação. Ou seja, a tutela antecipada antes da ouvida do réu somente tem razão de ser quando a sua audiência puder causar lesão ao direito do autor". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 197).

[269] "Decisão que concede tutela antecipada. Superveniência de sentença de mérito confirmando a tutela anteriormente deferida. A prolação de sentença de mérito julgando procedente o pedido esvazia de interesse o agravo, porquanto o provimento vigente restou absorvido pela decisão adotada em cognição exauriente e conseqüentemente atacado no recurso contra a decisão final". (STJ-1ªT., AI. 502.592-RJ-AgRg, rel. Min. Luiz Fux, j.18.5.04, p.165). No mesmo sentido: STJ-5ªT., REsp 410.399-DF, rel. Min. Felix Fischer, j.6.8.02, não conheceram, v.u., DJU 16.9.02, p.224. NEGRÃO; F. GOUVÊIA. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 38.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.387.

[270] "A concessão da tutela antecipada por ocasião da sentença não viola o CPC 273" (STJ-3ªT., REsp 473069-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.21.8.03, m.u., DJU 19.12.03, p. 453). In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo civil e legislação extravagante*. 8.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.726.

[271] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 96.

[272] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.242, v.3.

[273] MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.200.

no efeito devolutivo. Parece-nos inadequada essa última solução, frente ao princípio da unicorribilidade, pois neste caso cabível o recurso de apelação, posto a antecipação ocorrer no bojo da sentença, constituindo um capítulo desta. Por outro lado, Araken de Assis[274] sustenta entendimento no sentido da inadmissibilidade da tutela antecipada após o término da instrução, constituindo-se hipótese de sentença; a antecipação, neste caso, seria um "ato apenas formalmente autônomo" e "reprovável burla à lei". Por fim, a antecipação dos efeitos da tutela é cabível inclusive na rescisória, com previsão expressa no art. 489 do Código de Processo Civil. Neste sentido, Luiz Rodrigues Wambier[275]

A antecipação dos efeitos da tutela do art. 273 do Código de Processo Civil permite ao juiz decidir, de forma fundamentada, consoante cognição não exauriente uma situação especialíssima, em que busca-se tutelar aquele que aparenta ter o direito. A lei exige como requisitos a prova inequívoca[276]-[277]-[278] e a verossimilhança. À primeira vista, são conceitos conflitantes, posto, aquilo que é inequívoco conduzir à ausência de dúvida, quanto a um fato. E a verossimilhança[279], a um juízo que aparenta forte grau de certeza, mas ainda não é. Exige-se prova robusta, que após o exame superficial dos fatos, próprio da cognição sumária, provoque um juízo de probabilidade autorizador da tutela antecipada.

A prova inequívoca[280] tem lugar diante da controvérsia de um fato. Se controvérsia fática não há, estando no máximo diante de uma questão de direito, não cabe

---

[274] ASSIS, Araken de. Antecipação da tutela. *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 251.

[275] WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.310, v.1.

[276] "Só a existência de prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento" (RJTSERGS 179/251).In: NEGRÃO, Theotonio; Gouvêa, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.385.

[277] "Havendo necessidade de produção de prova descabe a outorga da tutela antecipada" (lex-JTA 161/354). In: NEGRÃO, Theotonio; Gouvêa, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.385.

[278] Segundo Cândido Rangel Dinamarco: "a exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar". (*A reforma do código de processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, n.106, p. 145).

[279] Kazuo Watanabe leciona: "O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso ao mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma única prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em mera silhueta ou contorno sombreado de um direito". (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *A reforma do código de processo civil* (obr. coletiva). Sálvio Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p.30).

[280] Humberto Theodoro Junior acerca da prova inequívoca escreve: "Por prova inequívoca deve entender-se a que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor (mérito), se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante. Não a elide a possibilidade, também hipotética, de que contraprova futura possa eventualmente desmerecê-la. No momento, porém, da concessão da medida provisória, a prova disponível não deve ensejar dúvida na convicção do julgador".

falar-se em prova inequívoca para fins de concessão de tutela antecipada, mas sim em julgamento antecipado da lide.

Quanto às hipóteses de concessão da antecipação de tutela[281], cabe esclarecer que compartilhamos do entendimento doutrinário prevalente, no sentido de ser necessária a conjugação dos requisitos constantes do caput – prova inequívoca e verossimilhança da alegação – com as hipóteses supramencionadas, alternativamente. Esta regra terá aplicabilidade nas duas primeiras hipóteses – dano irreparável ou de difícil reparação e abuso do direito de defesa – porquanto, a antecipação da parte incontroversa do pedido, parece-nos constituir hipótese independente.

João Batista Lopes[282] esclarece que tanto o dano irreparável quanto o de difícil reparação são conceitos jurídicos vagos ou indeterminados e, portanto, dependerão da apreciação do caso concreto pelo magistrado. Portanto, aqui luta-se contra o tempo para evitar a perda do próprio direito, eis que o risco considerado para fins de antecipação de tutela é aquele tido como iminente, nesse sentido Reis Friede[283]. deve o autor, beneficiário da medida, demonstrar com base nas circunstâncias fáticas, o receio de sofrer um dano, seja irreparável ou de difícil reparação. Fundamenta-se a alegação do autor em dados objetivos e não em opiniões pessoais que conduzam ao subjetivismo, pois deve sensibilizar o magistrado para o risco de dano, real e iminente, pela não antecipação da tutela àquele que aparenta ter o direito. Neste sentido citamos Cássio Scarpinella Bueno[284].

Compartilhamos do entendimento de que a antecipatória prevista no inciso II, não se trata de medida de urgência, posto ausente o requisito do perigo de dano. Aqui o que se coloca para o operador do direito é a questão de não ser justo à parte que aparenta ter o direito alegado suportar o tempo do processo, em razão da defesa infundada. Como será estudado adiante, ainda que de início a defesa corroborasse a posição de resistência do réu, a partir do momento em que esta perde sua razoabilidade, dá ensejo a aferição dos pressupostos da antecipação de tutela, desde que requerida pelo autor. Parece-nos que a

---

(*Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 38.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 335. v.1).

[281] "A tutela antecipatória rompe com o princípio da *nulla executio sine titulo*, fundamento da separação entre conhecimento e execução". (MARINONI, Luiz Guilherme. A reforma do Código de Processo Civil e a efetividade do processo tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e de não fazer, *Revista Forense*, v.338, ano 93, abr./jun. 1997, p.138).

[282] LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71.

[283] FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. 6.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64.

[284] BUENO, Cássio Scarpinella.*Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 37-38.

solução mais adequada seja uma ampla interpretação do que seja defesa, entendendo ser todos os meios processuais que o réu utilize para se opor ao direito do autor.

A Lei n.10.444/2002 acrescentou o §6º ao artigo 273 do CPC que prevê a antecipação da tutela quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela de pedido forem incontroversos. Concebemos como incontrovérsia a ausência de confronto de um fato alegado pelo autor[285]. O legislador, nos casos em que algum ou alguns dos fatos são incontroversos autoriza a antecipação de tutela (§6, art. 273)[286].

Importante lembrarmos que o julgamento antecipado da causa se dá pela total ausência de controvérsia, ou seja, ao abranger todos os fatos que constituem a causa de pedir desnecessária se faz qualquer atividade probatória, portanto, prolata-se sentença de mérito. Porém, se algum dos fatos constitutivos não restarem devidamente esclarecidos, pairando dúvidas, faz-se necessária a produção de provas, e antecipa-se a parte incontroversa do pedido.

O §2º do art. 273 refere-se à vedação da concessão da antecipação de tutela diante do perigo de irreversibilidade do provimento jurisdicional. Alguns doutrinadores a denominam de pressuposto negativo da tutela antecipada. Não é uma regra absoluta, se admitindo a concessão da tutela antecipatória aplicando-se o princípio da proporcionalidade. Em situações especialíssimas a proibição de conceder a antecipação de tutela será flexibilizada. Neste contexto fático, surge como ponto comum a irreversibilidade dos efeitos práticos a ambas as partes do processo, sopesando-se à luz da razoabilidade a concessão medida, inclusive diante da segurança jurídica. São casos excepcionais, em que o juiz decidindo fundamentadamente, concederá a antecipação da tutela, apesar do forte risco de irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento, pois aqui se coloca um valor muito mais relevante e caro ao autor, e cabe ao magistrado sensibilizar-se para a forte possibilidade de perecimento do próprio direito, que à primeira vista parece plausível.

---

[285] "Francesco Carnelutti preleciona: Ponto é fundamento. E cada afirmação contida na inicial é um ponto. Quando um ponto é contrariado torna-se controvertido e cria-se uma questão. Daí a clássica definição de questão como ponto controvertido de fato ou de direito". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*, 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 95).

[286] "Justificativa da tutela antecipatória de parte ou do pedido incontroverso: "a) é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido; b) o processo não pode prejudicar o autor que tem razão e c) a necessidade de evitar o abuso do direito de defesa". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*: parte incontroversa da demanda, 5.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.155 a p.158).

O cumprimento da antecipação dos efeitos da tutela dá-se nos mesmos autos, sendo desnecessária a citação da parte adversa. O §3º do art. 273 do CPC faz referência aos artigos 461, §§4º e5º e 461-A, assim como ao artigo 588, todos do CPC. Ocorre que o referido art. 588 foi revogado pela Lei n.11.232/2005. A efetivação da tutela antecipada sempre se pautou pela execução provisória[287], que após a recente reforma sofrida pelo diploma processual civil tem previsão no artigo 475-O.

O §7º do artigo 273 do CPC foi acrescentado pela Lei n. 10.444/2002 vindo dirimir as discussões acerca da fungibilidade do pedido de antecipação de tutela quando na verdade tratava-se de providência de natureza cautelar. A lei permite que o juiz conceda a medida cautelar, desde que presentes os respectivos pressupostos. Parece-nos correto o entendimento doutrinário no sentido de que esta é uma via de mão dupla, ou seja, também será cabível conceder a providência antecipatória[288]-[289]-[290], ainda que pedida a título de cautelar. Aqui o legislador preocupou-se em garantir a prestação da medida de urgência, independentemente da eventual divergência conceitual acerca de sua natureza.

---

[287] Araken de Assis conceitua a execução provisória nos seguintes termos: "Chama-se provisória a execução, portanto, a execução fundada em título judicial na pendência de recurso aviado contra o provimento com eficácia executiva. Refere-se a um provimento que 'ainda não possui o valor de caso julgado'. Não importam a espécie do recurso pendente e as vias recursais ainda abertas teoricamente ao vencido. Este expediente tutela o interesse do litigante vitorioso, compensando a possibilidade de o vencido recorrer, e, ao mesmo tempo, busca desestimular a interposição de recursos com o propósito de protelar indefinidamente a execução". (*Cumprimento da sentença.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 139).

[288] Sobre esta possibilidade transcrevemos o pensamento de Nelson NERY JUNIOR: "A recíproca é verdadeira. Caso o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas o juiz verifique ser caso de tutela antecipada deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dado que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos que os da cautelar, ao receber o pedido cautelar como antecipação de tutela o juiz deve dar oportunidade ao requerente para que adapte o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só deverá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada ou se o autor se negar à adaptação". NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.724.

[289] Não admitindo a fungibilidade no duplo sentido: "A fungibilidade, no caso, ocorre da antecipação de tutela para a medida cautelar, e, em nosso sentir, não inversamente. Isto porque em conformidade com o que decorre da lei, e do nosso entendimento assente, os requisitos da antecipação de tutela - ainda que em substância possam ser coincidentes – expressam exigência maior da lei comparativamente aos da medida cautelar. Com isto significou o legislador que, pedindo-se o mais, o juiz poderá conceder o menos. Mas não inversamente". (ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.394, v.2).

[290] Não admitindo a fungibilidade no duplo sentido: "Essa previsão de fungibilidade – inadmissível no sentido inverso (tutela cautelar vindicada transformada em tutela antecipatória), em face do princípio da iniciativa (arts. 2º, 128 e 273, todos do CPC) – é possível, vale ressaltar, em decorrência do poder geral de cautela, expressamente admissível por força do art. 5º, XXXV, da CF (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, incluindo a proteção cautelar) c/c arts. 798 e 799, ambos do CPC". (FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*: à luz da denominada reforma do código de processo civil. 6.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2002, p.17).

## 3. A nova execução civil

Primeiramente, tomando por base a classificação tripartite das ações, ou clássica, passemos a uma rápida análise.

Como sabemos, nas ações de natureza declaratória, a pretensão do autor limita-se à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento, nos termos do art. 4º do Código de Processo Civil, sem que se pretenda compelir o réu a prática de qualquer ato posterior á sentença de mérito.

Nas ações de natureza constitutiva, incluindo as constitutivas negativas, o autor busca mais que a declaração do direito violado, busca uma modificação, criação ou extinção de uma relação jurídica material preexistente.

Nas condenatórias, em que há uma "crise de adimplemento", expressão de Cândido Rangel Dinamarco, a pretensão do autor consiste não só na declaração do direito material, mas também na fixação seqüente de uma obrigação de dar, fazer, não fazer ou pagar quantia em dinheiro a ser imposta ao réu, a qual, se não cumprida, gera ao autor o direito de exigir do Estado-juiz que faça valer coativamente sua decisão (execução).

Obtendo o autor tutela declaratória ou constitutiva, obtém-se o resultado prático por si só, ou seja, o autor satisfaz sua pretensão no primeiro caso com a mera declaração judicial, e no segundo, a modificação, criação ou extinção de uma situação, em ambos não há necessidade de qualquer atividade posterior para a produção de efeitos no plano material; o que não ocorre com a condenatória.

Há entendimento no sentido de que até 23 de junho de 2006 tal atividade dava-se em processo autônomo – processo de execução – que ante a entrada em vigor da Lei n. 11.280/2006 passou a ser considerado como fase do processo de conhecimento, eliminando-se inclusive a citação. Discute-se, atualmente, sobre a existência ou não da condenatória pura.

Ao lado desta surgem as executivas lato senso e as mandamentais, o que Pontes de Miranda já apontava. As executivas lato senso podem ser concebidas como aptas a produzir efeitos no plano material.

As sentenças mandamentais têm como característica uma ordem emanada pelo juiz que possui força para intervir no mundo dos fatos. Seu descumprimento vem pautado

pela imposição de algum preceito cominatório, pois visa-se justamente o cumprimento da obrigação e não apenas a punição do infrator.

Passemos a examinar o cumprimento de sentença[291].

Com a recente reforma do Código de Processo Civil a dicotomia entre execução e conhecimento chegou ao fim[292]. O processo de execução de título judicial passou a ser uma fase do processo de conhecimento. Apenas na execução do título extrajudicial constitui processo autônomo.

Há o cumprimento de sentença para entrega de coisa (CPC, art.461); o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (CPC, art. 461-A) e o cumprimento de sentença por quantia certa (CPC, arts. 475-I a 475-R).

Tratemos em primeiro lugar do cumprimento de sentença por quantia certa.

Em que momento se torna exigível o provimento? Entendemos que tão logo comece a produzir seus efeitos. No caso de decisão, imediatamente, assim que intimado o advogado, e no caso de sentença assim que a parte tome conhecimento (transcorrendo *in albis* - transito em julgado - ou interpondo eventual recurso de apelação sem efeito suspensivo). Nos termos do art. 475-I a execução é definitiva quando há sentença transitada em julgado, e provisória, quando pendente algum recurso sem o efeito suspensivo.

Admite-se o cumprimento da parte líquida da sentença e, em autos apartados, a liquidação da outra parte.

O devedor tem quinze dias para pagar – cumprimento voluntário - sob pena de acrescer-se ao montante da dívida multa de dez por cento. A requerimento do credor expede-se o mandado de penhora e avaliação. Há um auto de penhora e avaliação e o oficial de justiça passa a desempenhar o papel de avaliador. O legislador procurou privilegiar a celeridade.

---

[291] As recentes reformas do CPC tem a finalidade de simplificar e agilizar a satifação do crédito. Busca-se a efetividade. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.13).

[292] "Mas, os processos de conhecimento e de execução não podem ser considerados em compartimentos estanques. Como ficou acima salientado, em vários processos de conhecimento (mandamental e executivo *lato sensu*, *v.g.*), os atos de atuação do direito declarado são realizados no mesmo processo em que se deu a cognição, havendo neles, portanto, a aglutinação do conhecimento e da execução". (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461, CPC, *Revista de Direito de Consumidor*, n.19, jul./set. 1996, p.84).

Não há mais a nomeação dos bens à penhora pelo devedor, se o credor não indica os bens e o oficial de justiça não encontra nenhum, pode o juiz intimar o devedor para que os indique, sob pena de desobediência.

O executado pode alegar excesso de execução declarando o valor que entende devido.

A Impugnação ao Cumprimento de sentença dar-se-á no prazo de 15 dias da intimação do auto de penhora e avaliação. Ocorreu a dispensa da citação, como regra. Cabem honorários. É um incidente e independe de garantia.

Há entendimento doutrinário no sentido de que nos casos de sentença estrangeira, sentença penal condenatória e sentença arbitral se procederá a nova citação.

A matéria de impugnação só poderá versar sobre: (a) falta ou nulidade da citação; (b) inexigibilidade do título; (c) penhora incorreta ou avaliação errônea; (d) ilegitimidade das partes; (e) excesso de execução; (f) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, transação, ou prescrição desde que superveniente à sentença. A impugnação não contemplou o controle o da arrematação e da adjudicação.

Como regra a impugnação ao cumprimento de sentença não tem efeito suspensivo, salvo no caso de existir fundamento relevante ou no caso em que o prosseguimento seja manifestamente apto a causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação. Nessa hipótese a lei admite a caução, prosseguindo-se com o cumprimento.

O recurso cabível é o agravo de instrumento, salvo quando importar extinção, caso em que será admitido o recurso de apelação.

O exeqüente pode escolher o juízo em que estão os bens.

São Títulos Executivos Judiciais: (a) sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia certa; (b) sentença penal condenatória transitada em julgado; (c) sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; (d) sentença arbitral; (e) acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; (f) sentença estrangeira homologada pelo STJ e (g) formal e certidão de partilha,

exclusivamente em relação ao inventariante, herdeiros e sucessores a título singular ou universal.

A dignidade do devedor, pessoa natural ou pessoa jurídica, é, ainda preservada ao tornar impenhoráveis os valores recebidos do Poder Público e destinados à aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social (art.649, IX) e ao proteger o pequeno poupador, criando impenhorabilidade em relação à quantia depositada em conta de poupança não excedente a quarenta salários mínimos[293].

Outro aspecto importante que revela a adoção do princípio da concretude decorre da faculdade criada no parágrafo único do art.475-P. O juízo do local onde estão os bens sujeitos à expropriação ou o do domicílio atual do devedor passou a ser competente, em caráter facultativo, embora a sentença exeqüenda tenha sido prolatada em outra jurisdição. Neste caso, exercida a opção pelo credor, haverá remessa dos autos para a circunscrição judiciária onde a fase executiva se desenvolverá. A arrematação de bem imóvel com pagamento do preço em prestações, desde que pelo menos 30% sejam pagos à vista, passou a ser possível, o que facilita sobremaneira a satisfação do credor (§§ 1º e 2º do art. 690)[294].

Nos termos do art.475-R do Código de Processo Civil aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento de sentença as normas que regem o processo de execução.

Com a reforma trazida pela lei n.11.382/2006 a adjudicação passou a ser a forma preferencial para a expropriação dos bens, pelo preço de avaliação. Assim a alienação particular também prefere a hasta pública. A referida lei extinguiu o instituto da remição, permitindo ao cônjuge, descendentes ou ascendentes do executado a adjudicação. Não há prazo para o exercício desse direito. Parece-nos que após o momento da avaliação será permitido seu exercício.

Não havendo interessados na adjudicação do bem a alienação poderá ocorre por iniciativa do credor. Parece-nos que a alienação não poderá ter valor inferior ao da avaliação.

---

[293] LOPES, Caetano Levi. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al (coords.). *Execução civil*: estudos em homenagem ao prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.716.

[294] LOPES, Caetano Levi. Os princípios fundamentais do Código Civil de 2002 e seus reflexos na reforma do processo civil. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al (coords.). *Execução civil*: estudos em homenagem ao prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.718.

Não havendo interesse nas duas primeiras hipóteses, proceder-se-á á alienação judicial, que será formada por duas praças ou dois leilões. Havendo as seguintes restrições quanto ao preço: (a) na primeira hasta, não poderá ser inferior á avaliação do bem e (b) na segunda não poderá ser alienado por preço considerado vil.

O legislador da recente reforma sofrida pelo Código de Processo Civil, que instituiu o chamado cumprimento de sentença, também reservou o artigo 475-O para dispor sobre as regras gerais da execução em caráter provisório. O inciso III, do art. 475-O, que faz expressa menção à necessidade de caução quando se verificarem verdadeiros atos de satisfação, com certo grau de definitividade.

Enfim traçaremos breves comentários sobre o cumprimento de sentença nas hipóteses contempladas nos artigos 461 e 461-A, ambos do Código de Processo Civil.

Os arts. 461 e 461-A tratam respectivamente da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e da obrigação de entrega de coisa certa. Nestes artigos, o legislador estabeleceu medidas que visam a obtenção do resultado perseguido pela parte.

O §4º prevê a imposição de multa diária, em valor suficiente e correspondente à obrigação, observadas as condições financeiras do devedor, posto que seu objetivo é o cumprimento da obrigação. Não tem, pois caráter compensatório, ressarcitório, ou punitivo, mas sim coercitivo. É meio de execução indireta. Entendemos que o devedor cumpre voluntariamente a obrigação, mas não de forma espontânea.

Já o §5º prevê medidas para a efetivação da tutela específica ou seu resultado prático equivalente, podendo o juiz determiná-las de ofício ou a requerimento da parte. Por fim, o art. 461-A traz hipótese de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, em favor do credor, no caso de descumprimento da obrigação.

A tutela antecipatória prevista no art. 461, §3º do diploma processual civil abrange as obrigações de fazer, de não fazer e dar coisa certa. Trata a tutela específica de garantir a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional e aquele que seria alcançado se tivesse ocorrido o cumprimento voluntário. A conversão em perdas e danos, neste caso, só será possível se impossível seu cumprimento *in natura* ou se o autor, assim optar.

Nos casos de tutela ressarcitória específica, é preciso corrigir integralmente o estrago provocado pelo fato danoso. O ressarcimento não se resume ao mero restabelecimento da situação anterior à do ilícito. Ressarcir é estabelecer o que deveria

existir caso o dano não houvesse ocorrido. Sendo impossível estabelecer uma situação equivalente àquela preconizada, procura-se satisfazer, em parte, à necessidade de sua reparação; à outra parte, se busca o ressarcimento pelo equivalente; normalmente, sanciona-se o dano mediante o pagamento em dinheiro.

## 4. O procedimento do Decreto-lei n. 911/69

> Para Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra, antes da citação, há no processo uma relação linear entre o demandante e o Estado. A bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo. O autor instaura a relação jurídico-processual, que se completa com a vinda do réu a juízo[295]. Assim para o autor forma-se o processo com a distribuição da petição. Já para o réu a relação jurídico-processual passa a existir com a citação válida, mesmo naqueles casos em que há concessão de liminar, o réu obrigatoriamente deverá ser citado para exercer seu direito de defesa.

Joel Dias Figueira Júnior entende que a ação de busca e apreensão[296] do Decreto-lei n.911 tem natureza plenária - prazo de resposta de quinze dias como no Código de Processo Civil - sem perder a especialidade – casos de alienação fiduciária –, acrescida da antecipação dos efeitos da tutela[297], com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Nos termos do art.3º, §8º esta ação constitui procedimento autônomo e independente, daí sua natureza satisfativa.

Para Ernane Fidélis dos Santos o procedimento de busca e apreensão especial permite a apreensão liminar do bem e não tem caráter cautelar, constituindo medida de natureza satisfativa que permite a execução da garantia[298]. Nesse sentido Melhim Namem Chalhub observa que a sentença da ação de busca e apreensão permite a consolidação da propriedade e da posse plena na pessoa do fiduciário. Quanto a sua natureza, o citado autor também entende tratar-se de ação autônoma e especial, afastando-se da medida cautelar preparatória e da ação de cobrança[299]. Acompanha Luiz Rodrigues Wambier essa posição,

---

[295] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.304-06.

[296] "A ação de busca e apreensão regulada pelo DL 911/69 não é uma ação cautelar, mas uma típica ação executiva que não assegura ao devedor nenhum argumento defensivo. Seu objetivo não é assegurar um direito: visa satisfazer". In: MACEDO, Ricardo Gilmar da Silva. Alienação fiduciária em garantia: o dl 911/69 em face da nova ordem constitucional vigente a partir de 1988. *Revista de Direito*. UNISC, Santa Cruz do Sul, n.16, jul./dez., 2001, p.105-106.

[297] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel *Dias. Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.77.

[298] SANTOS, Ernane Fidélis dos. Alienação fiduciária em garantia. *Revista Jurídica do CESUT*, Jataí, ano1, n.1, 1ºsem./2000, p.82.

[299] CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem.* São Paulo, ano 6, n.21, jul./set., 2003, p.323.

resumindo que a ação de busca e apreensão não tem natureza cautelar. É ação autônoma, de caráter satisfativo, não servindo para preservar a eficácia de outro processo, mas para satisfazer o credor. Seu pressuposto é a prova exauriente quanto à existência do contrato e seu inadimplemento[300]. Para Joel Dias Figueira Júnior na ação de busca e apreensão, em sede de tutela de urgência, a liminar concedida é "antecipatória e satisfativa", harmonizando o "binômio rapidez e efetividade do processo". Classifica essa ação como "recuperatória" com "exaurimento ressarcitório", na medida em que o credor não pode ficar com o bem alienado, tendo o dever legal de vendê-lo[301].

Passemos às condições da ação. Cândido Rangel Dinamarco explica que a legitimidade *ad causam* é a qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa[302]. A segunda condição é o interesse de agir, que reside tanto na utilidade do resultado quanto na prestação jurisdicional necessária e adequada[303]. E a possibilidade jurídica do pedido, terceira condição, segundo Vicente Greco Filho, consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível[304]. Lembramos que a falta de qualquer das condições da ação implica carência e acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito (art.267, inciso VI do Código de Processo Civil).

O Decreto-lei n. 911/69 continua vigente na parte processual e confere ao credor a possibilidade de efetivar a satisfação de seu crédito, através da ação de busca e apreensão. Discussão existe no tocante à legitimidade. Para alguns autores[305] com a vigência da Lei n. 10.931/2004, somente as entidades que operam no mercado financeiro e

---

[300] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e apreensão na alienação fiduciária, *IOB* - Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, jul.1999, p.185.

[301] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.68-76.

[302] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, v.2, p.306-07.

[303] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.275.

[304] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.83.

[305] "O que querem, de fato, é manter um tratamento processual privilegiado para as instituições financeiras. Tal tratamento, previsto no Decreto- lei nº 911/69, desequilibra a relação processual em favor dessas instituições. Sua aplicação ao mercado de capitais 'justifica-se' por um interesse social maior, a manutenção do financiamento ao consumidor. Entretanto, não se admite aplicá-lo fora do sistema financeiro. Isso não significa que fora dele não possa existir alienação fiduciária, apenas que seu tratamento processual não deve ser o do Decreto- lei nº 911/69". In: PARENTONI, Leonardo Netto. Da alienação fiduciária de bem móvel como modalidade geral de garantia. Da alienação fiduciária de bem móvel como modalidade geral de garantia. *IOB* – Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n.7, v.III, abr. 2005, p.213.

de capitais ou titulares de créditos fiscais e previdenciários podem valer-se da busca e apreensão.

Tratemos da interpretação da norma jurídica. Segundo Norberto Bobbio: "Toda proposição prescritiva, e portanto também as normas jurídicas, é formada de dois elementos constitutivos e portanto imprescindíveis: o sujeito, a quem a norma se dirige, ou seja, o destinatário, e o objeto da prescrição, ou seja, a ação prescritiva"[306]. Para Miguel Reale a interpretação significa compreender na plenitude os fins sociais da norma para achar o sentido de cada dispositivo. Alcançar a correlação coerente entre 'o todo da lei' e as 'partes' representadas por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados[307]. Então ao interprete cabe considerar o sujeito, o objeto da norma e os seus fins sociais.

O art.8º-A do Decreto-lei n.911/69, com redação dada pelo art.56 da Lei n.10.931/2004 restringiu a legitimação ativa. Contudo a interpretação literal do dispositivo por sua singeleza não pode prosperar, devendo o operador do direito buscar na hermenêutica maior integração da norma com o sistema e com a vontade do legislador.

Assim na exposição de motivos elaborada pelo Ministro da Fazenda Antônio Palocci Filho (EM n.00027/2004 – MF) é clara a intenção de utilizar-se a ação de busca e apreensão do Decreto-lei 911 para os veículos automotores, ou seja, bens móveis infungíveis, ampliando o seu campo de legitimação[308].

Compartilhamos da posição de Joel Dias Figueira Júnior[309]e assim entendemos que a ação de busca e apreensão é o meio processual adequado para obter a tutela jurisdicional compatível com a retomada do bem móvel infungível dado em garantia na alienação fiduciária.

Os requisitos da petição inicial da ação de busca e apreensão do Decreto-lei n.911/69 devem seguir o disposto no art.382 do Código de Processo Civil. José Geraldo de Jacobina Rabelo ao referir-se à causa petendi entende que o credor fiduciário indicará o contrato de financiamento, principal, e o contrato de alienação fiduciária, acessório, afirmando a ocorrência de mora do devedor.

---

[306] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti (Trad.), apresentação de Alaôr Caffé. 2.ed. rev. São Paulo: Bauru: Edipro, 2003, p.178.
[307] REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27.ed., 6.tir., São Paulo: Saraiva, 2006, p.289.
[308] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. In: *Novo código civil comentado*. 6.ed. rev. e atual. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p.1452-53.
[309] Para o citado autor aplicam-se as regras da ação de busca e apreensão do decreto-lei n.911/69 nas hipóteses do Código Civil. (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. In: *Novo código civil comentado*. 6.ed. rev. e atual. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p.1453).

Quanto à competência recordamos os conceitos enunciados por Amaral Santos: competência é a medida da jurisdição, ou o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos pela lei ou ainda o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição[310].

Nos termos dos arts. 6º, VIII e 51, XV, ambos do Código de Defesa do Consumidor, o juiz poderá declarar de ofício a abusividade de determinada cláusula sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes quanto ao contrato de consumo, "atendidos os princípios da boa fé e da compatibilidade com o sistema de proteção do consumidor"[311]. Como conseqüência, a eleição de foro[312] considerada cláusula abusiva é nula de pleno direito e o juiz deve reconhecê-la de ofício. Nessa hipótese não se aplica a Súmula n.33 do STJ[313].

O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro[314] a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, inclusive liminarmente, caso em que a medida será concedida desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor. Ademais pode também fazer uso da ação de reintegração de posse e da ação reivindicatória.

A antecipação dos efeitos da tutela na ação de busca e apreensão se apresenta como instrumento apto a satisfazer os anseios do credor. Entretanto pela gravidade da medida enseja o uso comedido por parte dos magistrados sopesando-se inclusive a necessidade de oitiva da parte contrária, já que dentre seus efeitos temos a consolidação da propriedade nas mãos do credor, com a expedição de novo certificado de registro de propriedade.

---

[310] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1981, v.1, p.199-207.

[311] NERY JUNIOR, Nelson. In: *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.562.

[312] "Foro de eleição. Código de Defesa do Consumidor. Banco. Alienação Fiduciária. A atividade bancária de conceder financiamento e obter garantia mediante alienação fiduciária é atividade que se insere no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. É nula a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão, quando dificultar a defesa do aderente em juízo. Precedentes. Recurso não conhecido" (STJ, 4ªT., REsp. 201.195/SP, rel. Min. Rui Rosado de Aguiar, j. 7.12.2000, DJU 7.4.2001, p.145).

[313] No mesmo sentido: Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Junior considera que diante da excessiva onerosidade, nos termos do art.51, do Código de Defesa do Consumidor gera nulidade da cláusula de eleição de foro, pois viola o amplo direito de defesa do consumidor, admitindo também o reconhecimento da incompetência, de ofício, preferindo-se o foro do domicílio do consumidor. (CORRÊA JUNIOR, Luiz Carlos de Azevedo. A alienação fiduciária em garantia e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, ano 24, v.178, set./out., 2000, p.13). É a posição de José Geraldo Jacobina Rabello (Alienação fiduciária em garantia. *Revista dos Tribunais*, n.693, ano 82, jul. 1993, p.80).

[314] Joel Dias Figueira Júnior defende a legitimidade do terceiro para figurar no pólo passivo da ação de busca e apreensão, fundamenta-se na natureza real da ação e no direito de seqüela. Entretanto outros autores, dentre esses, Paulo Restiffe Neto, entendem que apenas o cumprimento do mandado se dará em face do terceiro, restando-lhe os embargos ou a oposição. (*Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária*, p.81-83).

Não olvidamos que o legislador pretendeu agilizar aquelas situações em que veículos automotores eram apreendidos, mas pela demora do novo registro, não podiam ser alienados restando sucateados, gerando perda patrimonial para ambas as partes e a insatisfação do crédito. Todavia em termos processuais mostra-se salutar em determinadas situações a oitiva do devedor. Pensemos na hipótese da penúltima prestação faltante, não teria o devedor interesse em purgar a mora antes da retomada do bem? Parece-nos que sim.

Quanto à busca pela efetividade do processo tem a antecipação dos efeitos da tutela inegável papel prático, é a observação de Márcio Calil Assumpção, com base na nova redação dos parágrafos do art.3º do Decreto-lei n.911/69 que leva em conta a natureza do direito material[315].

Ao estudarmos a contestação, primeiramente, temos que é o ato pelo qual o réu resiste à pretensão do autor deduzida na demanda inicial, pela apresentação de defesa substancial direta ou indireta, ou de defesas processuais, as denominadas preliminares. Na defesa substancial direta o réu ataca frontalmente os direitos alegados pelo autor. A defesa substancial indireta ocorre quando o réu alega fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. E as defesas processuais, de natureza indireta, estão previstas, de forma exemplificativa, no artigo 301 do Código de Processo Civil. Segundo Cândido Rangel Dinamarco: "*preliminar é defesa indireta, de natureza processual, destinada a impedir ou retardar o julgamento do mérito, não a influir em seu teor*"[316].

Assim o réu tem o ônus[317] de responder. Ao ofertar contestação, deve impugnar especificamente todos os fatos narrados pelo autor na petição inicial, sob pena de presumirem-se verdadeiros. Este, o efeito da revelia, que em determinadas circunstâncias a lei afasta, apesar da inércia do réu.

Outro ponto interessante recai no direito de resposta. É facultado ao devedor o oferecimento de resposta, no prazo de quinze dias. Antes o réu era citado para em três dias

---

[315] ASSUMPÇÃO, Márcio Calil. *Ação de busca e apreensão: alienação fiduciária*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.69.

[316] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, v.3, p. 467.

[317] Ônus são faculdades concedidas às partes, que geram um prejuízo na relação jurídica processual, passando a parte a ostentar situação desvantajosa perante aquele que irá decidir a lide. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco "ônus são imperativos do próprio interesse". (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, v.3, p.527).

oferecer resposta e o magistrado proferia sentença em cinco dias, após o decurso para o prazo de defesa[318].

O procedimento da busca e apreensão do decreto-lei n.911/69 prevê que no prazo de cinco dias, após a execução da liminar, o devedor pode pagar a integralidade da dívida pendente, sendo-lhe restituído o bem, caso contrário a propriedade e a posse plena consolidar-se-ão nas mãos do credor fiduciário.

Lembramos que na antiga redação do art.3º, §1º do Decreto-lei n.911 previa-se a possibilidade de purgação da mora apenas quando o devedor já tivesse pago 40% do preço financiado, o que colidia com a proteção oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, IV e 53), contudo a 2ª Seção do STJ havia formado entendimento no sentido da legitimidade do percentual exigido. Com a nova redação do art.3º, §2º o devedor pode purgar a mora independentemente do pagamento de 40% da dívida.

Nesse ponto surge a questão do parcelamento. Será crível pedir o parcelamento para purgar a mora? Sabemos que o credor não está obrigado a aceitar nada diverso do acordado, porém parece-nos que em razão da função social do contrato e da teoria do adimplemento substancial, poderia requerer ao magistrado a manutenção do contrato se não há prejuízo ao credor e ainda há interesse. Pensemos no pagamento de mais de 50% da dívida. Ou ainda na hipótese que traria um prejuízo maior ao devedor que se veria privado do bem e teria parte da dívida a pagar por insuficiente a alienação posterior. Outra hipótese seria a conciliação, por serem direitos dispositivos, entre partes maiores e capazes, poderia o devedor pedir ao credor que assim acordasse.

Passemos a analisar o instituto da reconvenção. Humberto Theodoro Júnior define reconvenção, na lição de João Monteiro, como a "*ação do réu contra o autor, proposta no mesmo feito em que está sendo demandado*". Para o citado processualista o fundamento desse instituto está no princípio da economia processual, evitando múltiplos processos entre as mesmas partes, sobre questões conexas, que poderiam ser decididas conjuntamente[319]. Para Cândido Rangel Dinamarco a reconvenção é "a demanda de tutela jurisdicional proposta pelo réu em face do autor; no processo pendente entre ambos e fora

---

[318] Artur Oscar de Oliveira Deda, dentre outros autores, entendia que o rito era sumário, consoante a antiga redação. (DEDA, Arthur Oscar de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.42).

[319] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 38.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.350.

dos limites da demanda inicial”[320]. Para José Frederico Marques é “autêntica ação do réu, admitida no processo instaurado pelo autor, acrescendo desse modo a relação processual com pedido novo que poderia ser objeto de outro processo”[321]. E para Antonio Carlos Marcato “tratando-se de dois atos processuais distintos, a contestação e a reconvenção deverão ser ofertadas em peças autônomas” [322].

Assim a reconvenção[323] deve ser deduzida no prazo da resposta. O réu não precisa contestar para reconvir, mas apresentando ambas, deverá fazê-lo simultaneamente, ou seja, na mesma oportunidade processual, sob pena de preclusão consumativa[324]. E em peças autônomas, porém, parece-nos que a apresentação na mesma peça será mera irregularidade formal, sempre que não causar qualquer prejuízo[325]. Ademais a reconvenção não deve ser indeferida pela ausência de contestação, uma vez que não é pressuposto de validade para aquela e constitui mera faculdade autorizada pela lei.

A preclusão é o fenômeno de perda pela parte da faculdade processual de praticar um ato. Arruda Alvim preleciona que a preclusão[326] é um dos “aspectos através dos quais se exterioriza a disciplina do tempo no processo, em função da idéia de o processo dever marchar em direção à sentença irreversivelmente”[327]. Já Humberto Theodoro Júnior afirma que “a preclusão processual se opera para a parte que se manteve inerte”[328]. José Frederico Marques complementa que a preclusão é “fato processual impeditivo, que conforme o acontecimento em que se configure, pode assim ser classificado: a) preclusão temporal, quando o decurso do tempo é que constitui ou forma o

---

[320] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, v.3, p.494.

[321] MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil.* atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Editora Bookseller, 1997, v.2, p.120.

[322] MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p.930.

[323] Luiz Rodrigues Wambier entende que “não substitui a defesa, pois, mesmo que o réu apresente reconvenção, não está isento do ônus da impugnação ao pedido da ação principal”. (*Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.383).

[324] A preclusão consumativa é a perda da faculdade de praticar o ato de maneira diversa, se já praticado anteriormente por uma das formas facultadas em lei. É o que ocorre na fase de resposta do réu, quando tem ele a facilidade de oferecer três modalidades diversas de resposta. A contestação e a reconvenção devem ser oferecidas simultaneamente. A opção por uma delas gera a consumação da faculdade de praticar o ato de forma diversa, mesmo que ainda não esgotado o prazo para resposta

[325] CPC, ART.244: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

[326] Somos do entendimento que nem toda preclusão gera em desfavor do omisso uma desvalia processual, podendo implicar apenas o prosseguimento do feito para um estágio seguinte.

[327] ALVIM NETO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*, 6.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, v.1, p.442.

[328] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 38.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1, p.245.

fato impeditivo; b) preclusão lógica, quando a incompatibilidade entre um ato processual já praticado e outro que se pretenda praticar se torna fato impeditivo a não permitir que se realize o ato posterior; c) preclusão consumativa, quando o pronunciamento decisório sobre uma questão toma as características de fato impeditivo, não possibilitando o reexame posterior da referida questão**"**[329].

Outro aspecto da reconvenção diz respeito à autonomia e suas conseqüências. A ação "original" e a reconvenção são conexas, porém, poderiam ser deduzidas separadamente; ao réu não se impõe a obrigação de reconvir. Então não há relação de dependência entre essas ações e o processo não se extingue caso a "ação original" venha a ser extinta[330].

E quanto a ampliação subjetiva da lide? Cândido Rangel Dinamarco[331] admite a reconvenção subjetivamente ampliativa, por ser legítima e refletir tendência de universalizar a tutela jurisdicional, visa obter no processo o máximo de utilidade.

Na jurisprudência[332] há decisões nos dois sentidos, ora negando, ora aceitando a possibilidade de reconvir contra autor e o terceiro estranho à demanda. Parece-nos possível a ampliação subjetiva da relação processual mediante reconvenção, quando o novo integrante formar com o autor da demanda principal um litisconsórcio necessário ou quando as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito. Não sendo o caso, ao réu sempre caberá a via da ação própria.

Por tudo o que expusemos, parece-nos cabível a aplicação do instituto da reconvenção no procedimento de busca e apreensão ora estudado.

---

[329] MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Editora Bookseller, v.2, p. 201.

[330] VIGLIAR, José Marcelo Menezes. In: *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.) São Paulo: Atlas, 2004, p.965.

[331] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3.ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, v.3. p.506.

[332] "Não se admite reconvenção dirigida, ao mesmo tempo, contra o autor e contra quem não é parte no processo (RSTJ 73/338, RT 639/83 e RJTJESP 118/357, maioria). Nem pode o réu ajuizar reconvenção contra quem não é o autor da demanda já pendente" (RT 637/87). Entretanto: "É possível e até recomendável a ampliação subjetiva da relação processual, mediante reconvenção que lhe traga sujeitos estranhos a ela, uma vez que tudo quanto for possível deve ser feito para extrair do processo o máximo proveito útil. Todavia, essa ampliação subjetiva, em tese, e dependendo das peculiaridades de cada caso, só pode ocorrer ou quando o integrante novo trazido na contra-ação formar, com o autor da demanda inicial, um litisconsórcio necessário, ou quando os direitos ou as obrigações em causa derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito" (RSTJ 105/361; citação das p. 365 a 366). In: NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Alienação judicial ou extrajudicial do bem[333]-[334]-[335] deverá cobrir o pagamento da dívida e as despesas de cobrança. A adjudicação[336] é aplicável.

Passemos ao art.5º do Decreto-lei n.911/69. Parece-nos que o legislador conferiu ao credor a possibilidade de eleger o meio mais adequado à satisfação de seu crédito, optando pela via executiva afasta a ação de busca e apreensão e vice versa. Entendemos de acordo com a jurisprudência e doutrina majoritária que há o exercício de uma preferência, impedindo a simultaneidade de ambos os meios processuais.

Assunto de grande interessante recai no saldo remanescente, pelo qual o devedor continua obrigado.

Darcy de Arruda Miranda e José Hélio Borba ao comentarem o Decreto-lei n.911/69 e o art.66 da Lei n.4.728, em suas antigas redações, já admitiam a execução do saldo remanescente[337] de responsabilidade do devedor ou do seu avalista, pois o fiador ou avalista continuavam vinculados ao contrato. Argumentavam que se a cambial está ligada

---

[333] Ementa: "Na venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente, pode o devedor responsabilizar o credor que vendeu a coisa por preço inferior ao que vale, o que se apurará na ação de prestação de contas". (2ºTACivil, 11ª Câm., Ap. com revisão n. 479.447-0/7, Rel. Juiz Laerte Carramenha, j.28.4.97). In: ARAÚJO, Justino Magno; SARTORELLI, Renato Sandreshi. *Alienação fiduciária e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.214.

[334]Ementa: "Não se mostra ilegal ou arbitrária a r. decisão do Juiz quando determina a prestação de contas após a venda extrajudicial do veículo apreendido e consolidado em mãos da credora. O art.2º do DL 911/69 não a obriga expressamente mas não veda a possibilidade de prestação de constas, nada obstando que após a venda extrajudicial do bem, esclareça a credora os termos da transação, demonstrando em simples operação aritmética o saldo apurado". (2ºTACivil, 7ª Câm., Ap. com revisão n.483.650/0, Rel. Juiz Artur Marques, j.01.04.97). In: ARAÚJO, Justino Magno; SARTORELLI, Renato Sandreshi. *Alienação fiduciária e sua interpretação jurisprudencial.* São Paulo: Saraiva, 1999, p.216.

[335] "Busca e apreensão. Contrato de financiamento com alienação fiduciária. Embargos infringentes. Comissão de permanência. Não são cumuláveis comissão de permanência e correção monetária porque têm finalidade igual – Corrigir o valor da moeda, tanto que o contrato estipulou ambas caso houvesse 'atraso no pagamento'. Juros. A capitalização dos juros contraria a norma do Decreto n. 22.626 de 1933, art.4º, que não exclui do contexto a incidência em relação às instituições financeiras. Súmula 121 em harmonia com 596, (ambas) do Colendo Supremo Tribunal Federal". 2º TACivSP, Emb. Infr. n.510.432-1/3. Rel. Juiz Irineu Pedrotti. In: PEDROTTI, Irineu Antonio. *Arrendamento mercantil (leasing) e alienação fiduciária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.101-02.

[336] Castro Filho nos explica que a reforma do Código de Processo Civil excluiu a remição. Quanto à ordem de preferência na adjudicação escreve: "Assim na ordem dos descendentes, a partir do executado, os filhos têm preferência em relação aos netos e estes em face dos bisnetos. Na escala ascendente, da mesma forma: pai, em relação aos avós e estes em face dos bisavós. Desde que se verifique interesse de mais de um dentro da mesma classe, procede-se à licitação entre eles. Como fazê-lo? Pensamos que por um despacho, mandando que os interessados se manifestem quanto ao desejo de adjudicar o bem penhorado e já avaliado ou de aliená-lo pela via particular". (CASTRO FILHO. O novo perfil da adjudicação no Código de Processo Civil. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et AL (coords.). *Execução civil:* estudos em homenagem ao prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.721-22).

[337] Criticando a execução do saldo remanescente citamos Arnaldo Rizzardo: "Promovendo a apreensão do bem e alienação extrajudicial particularmente, sem o controle do devedor, fixando-se o preço por ato exclusivamente unilateral, o saldo devido torna-se incerto e ilíquido, desautorizando, daí em diante, a ação de execução. Em suma, a conseqüência de uma alienação extrajudicial, de modo unilateral, é a iliquidez do saldo, o que não admite o processo executório". (*Contratos*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.1319).

ao contrato e garante seu cumprimento, sua autonomia é relativa, e que a obrigação é una, não podendo sofrer divisão em razão do pedido liminar da busca e apreensão. Os referidos autores citam o parecer de Orlando Gomes no sentido de assemelhar a execução do crédito fiduciário à hipoteca, perdurando como título executivo ainda que falhasse como garantia, pois em ambas a venda do bem visava satisfazer o crédito[338].

Em sentido contrário Arnaldo Rizzardo, ao analisar o art.5º do Decreto-lei n.911/69, argumenta que feita a escolha pela ação de busca e apreensão com a venda extrajudicial do bem desaparece a propriedade fiduciária e o conseqüente título executivo. O eventual saldo, ilíquido e incerto, deverá ser apurado, o que impossibilita a via executiva, já que fixado unilateralmente. Paulo Restiffe Neto tem a mesma posição ao afirmar que a execução do saldo, quando a venda for judicial, não abrange os coobrigados. Arnaldo Rizzardo adota a sugestão de Orlando Gomes que prevê a nomeação de um árbitro ou a avaliação judicial para evitar fraude ou alienação por preço vil[339].

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era favorável à execução do saldo devedor. Ocorre que muito se discutiu acerca da perda de liquidez do título, ao final da busca e apreensão, perdendo o caráter executivo, eis o grande problema. Ademais o devedor continua responsável pelo saldo remanescente. Assim a 3ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça passaram a decidir que o credor teria direito ao desentranhamento do título para cobrança do eventual saldo admitindo-se a cobrança ou a monitória, mas não o meio executivo[340].

Com a reforma do Código de Processo Civil em que a execução do título executivo judicial tornou-se fase do processo de conhecimento, parece-nos que mesmo optando pela via da cobrança o cumprimento de sentença dará a efetividade desejada.

Nos termos do art.3º, §§ 6º e 7º temos a improcedência da ação e suas conseqüências. Se o juiz prolatar sentença de total improcedência e o credor fiduciário tiver alienado o bem, o juiz condenará o autor em pagamento de multa a favor do réu, equivalente a 50% do valor originariamente financiado, devidamente corrigido, sem excluir perdas e danos. Parece-nos que a multa isoladamente considerada não seria satisfatória ao devedor que tudo perdeu injustamente, andando bem o legislador ao permitir

---

[338] MIRANDA, Darcy de Arruda; BORBA, José Hélio. O problema da execução do saldo devedor na alienação fiduciária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano.92, v.812, jun., 2003, p.757-762.
[339] RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.1318-19.
[340] Verificar a jurisprudência pertinente. In: NEGRÃO, Theotonio; Gouvêa, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 2007, p.1229.

a indenização por perdas e danos, inclusive os morais, o que repercute com mais força no patrimônio do credor que indevidamente usou da busca e apreensão prejudicando o devedor de boa fé.

Por outro lado, se o bem alienado em fidúcia não for encontrado na posse do devedor, pode o credor requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, o que ensejaria a possibilidade da prisão civil. Contudo o entendimento jurisprudencial formado pelo Superior Tribunal de Justiça e reiterado pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido da impossibilidade da conversão por ficção legal, não se sustentando o pedido de prisão civil[341].

Parece-nos possível obstar a retomada do bem ante a propositura da ação de consignação de pagamento, assim nos reportamos ao exposto por José Geraldo de Jacobina Rabello que admite a propositura da ação de consignação em pagamento contra o credor fiduciário, prejudicando a ação de busca e apreensão, que ficaria suspensa, se anterior ao protesto do título, que pela lei é prova de constituição da mora.[342].

Por fim, ao analisarmos os efeitos materiais da Lei n.10.931/2004 que alterou o Decreto-lei n.911/69, em especial devemos considerar a situação dos contratos anteriores à vigência da lei. Segundo Maria Helena Diniz a Lei de Introdução ao Código Civil adotou o critério de Roubier ao prescrever que a lei em vigor terá efeito imediato geral atingindo os fatos futuros e não abrangendo os fatos pretéritos. Nos contratos em curso há uma zona intermédia, em que são excluídos os efeitos imediatos e os retroativos[343]. R. Limongi França trata dos facta pendentia e estabelece a separação entre os fatos anteriores à data da mudança da legislação, não atingidos, e os posteriores, em que a lei nova é aplicada, com efeito imediato[344]. Para Joel Dias Figueira os efeitos dos contratos pendentes de alienação fiduciária se protraem conforme a norma vigente ao tempo em que se efetuou, enquanto os novos fatos jurídicos atinentes serão regulados pela nova lei em vigor[345].

---

[341] Sobre o descabimento da prisão civil, ver o item 5 do quinto capítulo deste trabalho que trata das questões controvertidas.
[342] RABELLO, José Geraldo de Jacobina. *Alienação fiduciária em garantia*. Revista dos Tribunais, n.693, ano 82, jul. 1993, p.83.
[343] DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.184.
[344] FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.209.
[345] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. In: *Código Civil Comentado*. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1455.

# CAPÍTULO V. QUESTÕES CONTROVERTIDAS.

## 1. A aplicabilidade do CDC nos contratos de alienação fiduciária e no leilão extrajudicial de imóveis.

Podemos dizer com base no art. 51 do CDC que houve uma mitigação do *pacta sunt servanda*, embora prevaleça em nosso sistema jurídico a liberdade de contratar. Ademais, em princípio, essa lei é aplicável a todos os contratos imobiliários desde que fique caracterizada uma relação de consumo, figurando de um lado o consumidor e de outro o financiador, caracterizado como fornecedor. O art. 53 do referido diploma determina que nos contratos de compra e venda, de móveis ou imóveis[346], em prestações, e nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas as cláusulas que fixam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleiteia a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. E o art. 6º, VIII do CDC prevê a facilitação da defesa dos diretos do consumidor em juízo, direito público subjetivo, com base na distribuição de justiça, que é monopólio do Estado e somente por ele pode ser exercido, para facilitação de sua defesa[347].

O Código de Defesa do Consumidor[348]-[349]-[350] é aplicável aos contratos de alienação fiduciária cujo objeto principal é o mútuo, considerando-se o fiduciante como consumidor e o proprietário fiduciário equiparado à figura de fornecedor[351].

---

346 "Assim, a solução, talvez, seja aquela preconizada por Roberto Cavalcanti Batista, in op. cit., 417, ou seja, de que fossem corrigidos monetariamente todos os pagamentos realizados pelo devedor (sinal, prestações, adiantamentos etc.) nos mesmos critérios do débito, e que a importância encontrada fosse abatida do valor da dívida, bem como procedido o deságio futuro do contrato, tudo antes da realização do leilão extrajudicial, a fim de que possa ser oportunizado um ressarcimento ao fiduciante". (ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 21, n.45, set./dez. 1998, p.102).

347 GONDINHO, André Osório. Contratos de alienação fiduciária e o código do consumidor. *Ajuris*: Revista da associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (edição especial). Porto Alegre, n.2, mar., 1998, p.675.

348 EMENTA: Apelação Cível. Ação Revisional de Cédula de Crédito Bancário. Alienação Fiduciária. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Juros Remuneratórios limitados Em 24% ao ano, diante da Ilegalidade dos pactuados. Capitalização mensal permitida. De ofício, decretada a nulidade da Cláusula Contratual referente À taxa de cadastro. Ilicitude da Comissão de Permanência, entre outras razões porque já prevista a cobrança de juros moratórios e multa contratual. Multa Contratual redimensionada. (Apelação Cível Nº 70022132914, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 05/01/2009).

349 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. Ação Revisional de Contrato de Financiamento Garantido por Alienação Fiduciária. Ausência da Juntada do contrato pelo requerido. Juros Remuneratórios. Prequestionamento. Não tendo, o demandado, atendido à determinação de juntar aos autos o contrato celebrado entre as partes, admitem-se como verdadeiros os fatos que o autor pretendia provar. Não merecem manutenção os juros remuneratórios pactuados em taxa superior a 12% ao ano, conforme limitação constante no Decreto 22.626/33, no CDC, e diante de ausência de prova de que o financiador tenha autorização do CMN para praticar taxas superiores. Na linha decisória do acórdão, não há falar em negativa de vigência a

Melhim Namem Chalhub ao comentar o art. 53 do CDC sustenta a conexão aos princípios do art.51 do CDC, que coíbe as cláusulas abusivas. Assim conclui que o referido art.53 não afasta a incidência da cláusula penal e, portanto, não exonera o devedor de reparar as perdas e danos resultantes da mora ou do inadimplemento. O art.27 da Lei 9.514/97 é incompatível com o art.53 do CDC, princípio geral, portanto, inaplicável à alienação fiduciária de imóveis, porque o regime especial dessa garantia já contempla a tutela do devedor, de modo específico. No processo de execução o devedor continua respondendo pela dívida remanescente caso o produto da alienação não seja suficiente para a integral satisfação do crédito, sob pena de nova penhora. Esse mecanismo compensatório inspira-se na execução judicial de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, segundo a Lei 5.741, de 1971[352]-[353].

Conclui Melhim Namem Chalhub ao confrontar o art. 53 do CDC que, no mútuo com garantia fiduciária, a restituição de quantias ao mutuário somente poderá ocorrer após a integral reposição, ao mutuante, da quantia mutuada, e deverá corresponder à diferença entre o produto da venda do bem objeto da garantia e o valor do crédito e encargos. A legislação especial da alienação fiduciária de bens imóveis disciplina de maneira específica as conseqüências da inexecução contratual por parte do mutuário,

---

qualquer dispositivo legal. Apelação Cível provida. (Apelação Cível Nº 70015557317, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Castro Boller, Julgado em 26/10/2006).

350 EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIREITO CIVIL/OBRIGAÇÕES. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM AÇÃO DE DEPÓSITO. CASO CONCRETO. BENS DA DEVEDORA NÃO LOCALIZADOS PARA A GARANTIA DO JUÍZO EXECUTIVO. PENHORA ON LINE. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 655-A E §1º C/C ART. 649, IV E X DO CPC, COM AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 11.382/2006. IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO OU RENDIMENTOS DA EXECUTADA ALBERGADOS EM LEI, MEDIANTE COMPROVAÇÃO DA EXECUTA. APLICAÇÃO DO §2º DO ART. 655-A C/C ART. 649, IV DO CPC. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. DECISÃO MODIFICADA NA ORIGEM. RECURSO PROVIDO DE PLANO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO DE PLANO, NOS TERMOS DO §1º - A DO ART. 557 DO CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70027909670, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 19/12/2008).

351 Nesse sentido: “Graças à definição ampla de seu campo de aplicação, a doutrina majoritária atual considera que o CDC é aplicável tanto aos contratos de crédito direto ao consumidor (crédito que permite ou se destina a aquisição de produtos e serviços) quanto ao crédito denominado na Europa de crédito imobiliário (destinado a aquisição de bens imóveis)”. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97. *AJURIS*: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXVI n.80, dez. 2000, p.369).

352 CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis: adequação da cláusula penal aos princípios do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano21, n.45, set./dez., 1998, p.13-14.

353 “Conquanto posterior ao CDC, a Lei n° 9.514/97 não o derrogou nesse ou em qualquer aspecto. Na medida em que haja porventura, disposto por forma diversa daquela estabelecida no micro sistema de proteção ao consumidor, a lex nova há de aplicar-se, sim, mas sós as situações que não se achem sob a égide deste, a saber, os contratos que não sejam contratos de consumo, ocorrentes, e.g., nas relações interempresariais”. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97. *AJURIS*: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXVI n.80, dez. 2000, p.370).

exonerando-o do pagamento de eventual saldo devedor, preservando a equidade e o equilíbrio das relações contratuais, consoante o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, princípio geral de proteção do mutuário[354].

Para Caio Tácito inexistindo a retenção do domínio do imóvel, por parte do credor fiduciário, que é obrigado a levar o bem a leilão público, não há enriquecimento indevido, que é o fundamento do art. 53 da Lei nº 8.078/90. Ademais o art. 27 da Lei nº 9.514/97 favorece duplamente o devedor ao atribui-lhe o recebimento do excedente ao valor da dívida e ao perdoar eventual saldo remanescente[355].

Segundo Arruda Alvim se o devedor tiver direito à devolução das quantias pagas, na forma do art.53 do diploma consumerista pode-se admitir, por absurdo, que o devedor terá o direito do bem, sem nada pagar, porque o fiduciário emprestou quantia suficiente para a compra do imóvel e as parcelas pagas pelo devedor nada mais são do que amortização de sua dívida, com os encargos decorrentes do negócio. O referido autor admite dúvidas quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados com base no decreto-lei n.911/69, mas não se justifica a sua aplicação aos contratos firmados com fulcro na Lei 9.514/97, lei específica e posterior[356].

Para Cândido Rangel Dinamarco o acesso à justiça[357] e conseqüente controle jurisdicional é admissível em dois momentos e com as duas finalidades fundamentais, no início, da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento do registro imobiliário

---

354 CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis: adequação da cláusula penal aos princípios do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano21, n.45, set./dez., 1998, p.17 e 27.

355 TÁCITO, Caio. Alienação fiduciária. Código de Defesa do Consumidor. Leilão. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.215, jan./mar. 1999, p.293.

356 ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica; características. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, ano1, n.2, abr./jun., 2000, p.154 e 158.

357 "A partir dele, a rigor, se levado às ultimas conseqüências, em qualquer espécie de litígio a um dos envolvidos – o mais poderoso – impõe ao outro a solução que lhe parecesse correta, certo que sempre restaria a possibilidade ao prejudicado de questionar a legalidade desse procedimento quando se tratasse de tornar efetiva, no plano dos fatos, dita solução. Ou, pelo menos, estaria o legislador autorizado a construir procedimentos, para quaisquer categorias de relações jurídicas que lhe parecessem comportar essa providência, que afastassem o controle judicial a priori da legalidade das condutas. Vale dizer, estaria o legislador liberado das peias que lhe impõem os comandos constitucionais da universalidade da jurisdição, do contraditório necessário e do devido processo. Ora, a efetividade do processo e dos direitos é meta por todos almejada, mas certamente não a esse custo". (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97. *AJURIS*: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXVI n.80, dez. 2000, p.368).

e sem prejuízo de discutir o próprio registro, na matrícula imobiliária, poderá inclusive discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão[358].

Nelson Nery Júnior comenta que nas alienações fiduciárias em garantia, quer de móveis quer de imóveis, não se pode estipular nem o pacto comissório nem a perda total das prestações pagas pelo consumidor, por ocasião da resolução do contrato ou da retomada do bem pelo fornecedor, credor fiduciário. O que se proíbe é a cláusula contratual nestes termos, o que configuraria uma exagerada vantagem ao fornecedor, em detrimento do consumidor. Permite-se, entretanto, a estipulação de pena para o descumprimento da obrigação[359].

Marcelo Terra sustenta a inaplicabilidade do art. 53 do CDC à alienação fiduciária em garantia, excluindo sua incidência pelo fato de não ser necessária a previsão da perda total ou parcial das quantias pagas, eis que, se sobejar qualquer quantia em decorrência do leilão extrajudicial, a lei impõe a restituição integral ao devedor[360]-[361]. Ademais, na alienação fiduciária em garantia não se perfaz a retomada do bem, posto que a propriedade é do credor, mesmo antes do inadimplemento[362]. Para Melhim Namem Chalhub em caso de antinomias preponderam as leis especiais sobre as gerais, e a lei que regula a alienação fiduciária é lei especial em relação ao Código de Defesa do Consumidor e, portanto, deve prevalecer[363].

A obrigatoriedade da venda atende ao espírito da lei, posto que a finalidade do Sistema Financeiro Imobiliário é assegurar o financiamento. A venda é pública, no sentido de oferta do imóvel ao público em geral e não na acepção de ser promovida pelo Poder Público, sendo vendedor o proprietário (antes credor fiduciário) e comprador quem ofertar maior lance.

---

358 DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação fiduciária de bens imóveis (parecer), *Revista de Direito Imobiliário*, ano24, n.51, São Paulo, jul./dez., 2001, p.241.

359 GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.618.

360 Lei n.9.514/97, Art.27, §4º: "nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização das benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívidas e das despesas e encargos que tratam os §§2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto no final do art. 526 do Código Civil".

361 Lei n.9.514/97, Art.27, §5º: "Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no §2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação que trata o §4º".

362 TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.73-74.

363 CHALHUB, Melhim Namem Alienação fiduciária de bens imóveis. Adequação da cláusula penal aos princípios do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Imobiliário*. n.45, ano 21, set./dez. 1998, p.11-12.

Dois são os leilões[364] previstos, o primeiro tem o seu piso no valor do imóvel e o segundo no valor da dívida. A avaliação do valor do imóvel será feita pelo credor, estando no contrato os critérios usados para o reajuste do valor. Segundo José E. Loureiro, ao devedor restará recorrer ao Judiciário se não concordar com esta avaliação. Para que o leilão se realize serão publicados avisos em jornais, por três vezes, pelo menos[365].

O leilão extrajudicial[366]-[367] somente será realizado após consolidada a plena propriedade na pessoa do credor (fiduciário), a qual se condiciona, de forma peremptória, à verificação anterior da mora não purgada pelo devedor (fiduciante). Marcelo Terra argumenta que se o devedor tiver motivos para se opor ao leilão extrajudicial poderá recorrer ao Judiciário, pois a disposição legal, que institui a forma de leilão extrajudicial não veda o direito do devedor demandar sobre qualquer aspecto do contrato ou do

---

364 "Por ocasião do segundo leilão, se o maior lance não for igual ou superior ao valor declarado pelo bem no contrato de aquisição ou financiamento - entre fiduciante e fiduciário -, considerar-se-á extinta a obrigação, em favor de ambos, com o bem consolidado em poder do credor fiduciário, por automática adjudicação. Vale lembrar que, a esta altura, já deverá estar registrado em nome do credor o bem como propriedade adquirida, por força da adjudicação, para tanto, devendo-se levar este fato junto á matrícula do imóvel, produzindo-se a transmissão legal unilateral. Faculdade que se concedeu ao credor fiduciário, mediante prova do recolhimento do pagamento do imposto de transmissão e do registro conseqüente. A lei não esclarece, mas, considerando-se que o direito do credor, em principio, seria limitado ao valor da dívida, que nem sempre irá corresponder ao valor do bem, é de se crer que alguns pretenderiam ver o pagamento do imposto de transmissão sobre o valor da dívida, e não sobre o valor maior do bem. Por óbvio, entretanto, que o valor do imposto será o do bem, não obstante, ainda, questionar-se quanto ao pagamento de lucro imobiliário, devido em decorrência da vantagem obtida pelo credor, sobre o valor adjudicado e o futuro alienado". (AGHIARIAN, Hércules. Alienação fiduciária de imóveis em garantia: lei n. 9.514/1997. *Boletim de Doutrina ADCOAS*. Rio de Janeiro, ano 3, n.7, jul. 2000, p.177).

365 LOUREIRO. José Eduardo. *Alienação fiduciária de bem imóvel*. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, n. 63, jun. 2001, p.93-95.

366 "Os arts. 26 e 27 desta lei criaram um sistema de execução extra judicial, a ser efetuada ante o Cartório do Registro de Imóveis, prevendo uma forma expedita de 'consolidação da propriedade' (§ 7.º do art. 26) em favor do credor fiduciário ante a mora do devedor fiduciante; neste momento, a propriedade do credor fiduciário, que era resolúvel, torna-se plena. A partir deste momento, embora com propriedade plena, o credor ainda não tem a posse que exercia apenas de forma indireta, pois a posse direta ainda está com o devedor fiduciante. Ocorre aqui, no dizer de Orlando Gomes, a transmissão condicional da propriedade, contrato no qual o pagamento importa implemento da condição resolutiva. Com o pagamento, ocorre a extinção da chamada propriedade resolúvel do credor, tornando-se plena a propriedade do devedor, que já mantinha a posse direta do bem e que havia adquirido a propriedade sob condição resolutiva, implementada com o pagamento da dívida. Em caso de inadimplência, a propriedade plena estabelece-se em favor do credor fiduciário". (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel: exame crítico da lei n. 9.514, de 20.11.1997. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 93, n.819, jan. 2004, p.68).

367 "Os argumentos que se levantaram, tanto antes da vigência da Constituição precedente, quanto da atual, que resultaram vencidos, em relação ao confronto do Dec.-lei 70/66 com os textos dessas Constituições, valem ser lembrados, para serem repelidos, pois, analogamente, poder-se-ia pretender vislumbrar na alienação fiduciária de bem imóvel, o mesmo vício, de inconstitucionalidade, que não existe". (ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. José Manoel de Arruda. Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica; características. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, ano1, n.2, abr./jun., 2000, p.165).

procedimento satisfativo do credor, se assim não fosse, haveria patente inconstitucionalidade[368].

**2. Falência e garantia fiduciária.**

Waldemar Ferreira[369] ao analisar a LF explica ser a falência[370] o processo destinado a realizar o ativo, liquidar o passivo e repartir o produto entre os credores, tendo em vista os seus privilégios. E Rubens Requião[371] já indicava a necessidade de introduzir modificações na legislação, mais do que propiciar aos credores a *pars conditio creditorum*, mostrava-se necessário garantir a sobrevivência da empresa, assegurando assim o interesse social e o interesse dos próprios credores.

Sebastião José Roque[372] com acuidade ressalta que na LRE[373] busca-se evitar o sucateamento do ativo da empresa falida por medidas que impeçam a desvalorização de seu patrimônio. Cite-se o art. 99, XI, da LRE que permite a empresa falida continuar com suas operações, a requerimento do administrador judicial e da conveniência geral.

Desta forma, a LRE foi elaborada com o propósito de modificar a finalidade deste instituto, não mais concebido como um fim em si mesmo, mas como meio de preservar a empresa, enquanto unidade produtiva, buscando de um lado sua manutenção, posto sua relevância econômico-social e de outro ultimando a maximização dos ativos (LRE, art. 140). O procedimento para a decretação da falência encontra-se previsto nos artigos 94 a 101 da LRE.

Portanto, a nova legislação falimentar ao passo que garante ao credor o reconhecimento de seu crédito e o respeito à paridade de tratamento contempla regras que garantem o equilíbrio entre os seus interesses através do estabelecimento de privilégios.

---

368 TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 53-54.
369 FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1951, v.5, p. 61.
370 "Não se pode ocultar, por outro lado o fato incontestável que a quebra das empresas põe em jogo não somente os credores, mas uma série de interesses que gravitam em torno da empresa, como trabalhadores, os clientes, fornecedores, os Estados, através de tributos e da produção econômica e muitas vezes a própria comunidade onde se situa a empresa. Daí porque o direito falimentar, enquanto permanecer referido à regulação do conflito entre devedores e credores será insuficiente para resolver os problemas com dimensão completamente distinta". (BULGARELLI, Waldirio. A reforma da lei de falências e concordata. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 85, jan./mar. 1992, p. 52).
371 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.2, p.249.
372 ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*: elaborado nos termos da Lei 11.101 de 09.02.2005. São Paulo: Ícone Editora, 2005, p.165.
373 Neste trabalho adotamos a sigla LRE ao nos referirmos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

Neste contexto, a submissão do interesse individual do credor à preservação da empresa, conforme preceitua o artigo 75 da LRE confirma os princípios contemplados na nova lei no que concerne à falência, eis que a preservação da empresa em suas diferentes facetas, como a eventual continuidade dos contratos, a venda antecipada priorizando os critérios do valor econômico e da utilidade, assim como outros meios que visem a maximização do ativo e a redução dos custos de administração da massa não se mostram incompatíveis, ou excludentes; antes se complementam na formação de um novo quadro trazido ao direito brasileiro, em que a preservação da empresa se mostra viável como forma de propiciar um execução coletiva mais vantajosa ao conjunto de credores, pela maximização dos ativos.

O Decreto-lei n.911/69[374] trazia regra no sentido de que o bem móvel infungível alienado fiduciariamente encontrava-se fora da falência, cabendo o pedido de restituição por parte do fiduciário. Resta verificar se esta regra continua vigente face ao novo Código Civil e a Lei 10.931/2004 que provocou profundas modificações na propriedade fiduciária do art. 66 da Lei n. 4728/65.

Há previsão específica do art. 119, inciso IX, da LRE[375], que disciplina o patrimônio de afetação. E no tocante à propriedade fiduciária de bem imóvel há disposição específica no sentido de que não é alcançada pela falência, em caso de insolvência do fiduciante[376]. Questão interessante levanta-se quanto à possibilidade de continuação do contrato no caso de falência do fiduciário.

O artigo 117[377]-[378] da LRE disciplina faculdade posta à escolha do administrador judicial quanto à continuação dos contratos, visando sempre estabelecer a

---

374 Decreto-lei n.911/69, 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".

375 LRE, ART. 119, IX: "os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer".

376 LRE, Art. 32: "Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente".

377 LRE, Art. 117: "Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê".

378 Nesse sentido: "sobretudo na atividade empresarial, há contratos cujos direitos conferidos às partes são fundamentais à organização da produção. São os assim chamados contratos 'relevantes'. Admitir a possibilidade de resolução, ipso facto da insolvência, desses contratos que contribuem decisivamente para a formação do valor positivo do ativo da empresa, implica atribuir direito ao devedor: (i) de facilitar a perda de valor dos ativos da empresa, (ii) de preferir o credor em questão em detrimento dos demais. (iii) de fazer com

situação menos desvantajosa para a massa falida. Penalva Santos[379] e Maria Helena Diniz[380], entre outros doutrinadores já admitiam, sob a égide da antiga Lei de Falências, a possibilidade de continuação do contrato de alienação fiduciária em situações especialíssimas.

Em que pese ante a falência do fiduciante, a pertinência do pedido de restituição ou a habilitação na falência. Melhim Namem Chalhub comenta quanto à falência do fiduciário:

> ”Nestas condições, não se extingue a relação jurídica decorrente da alienação fiduciária, assumindo a massa falida a posição do fiduciário e mantendo-se o direito eventual do fiduciante. Assim, se o fiduciante pagar, obterá a propriedade plena do imóvel, mas, ao contrário, se o fiduciante não pagar, sujeita-se aos efeitos da mora e, portanto, poderá perder seu direito à obtenção da propriedade, hipótese em que caberão, normalmente, os procedimentos de intimação para purgação da mora e consolidação da propriedade no fiduciário, na forma da legislação pertinente, pois, com a falência, passa a massa falida do credor-fiduciário a ser titular da propriedade resolúvel, que operará em benefício do concurso de credores[381]”.

Nos termos do art.156 da LRE, o juiz encerrará[382] a falência por sentença, após a apresentação do relatório final pelo administrador judicial. Esta sentença tem natureza meramente homologatória, uma vez que o falido continua responsável por suas obrigações[383], ou seja, continua responsável pelo pagamento daqueles débitos que não foram satisfeitos com a realização do ativo e sua posterior divisão entre os credores. Desta forma, destaca-se simplesmente o término do processo falimentar, eis a função precípua da sentença de encerramento da falência. Nos termos do art. 157 da LRE, recomeça a correr o

---

que os demais credores sejam penalizados pela perda, subvertendo o propósito de um (pseudo) mecanismo de controle ex ante da assunção de riscos por parte da gestão da empresa”. (KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica. v.2, n.1, jan-jun 2006, São Paulo: *Revista GV*, p.50).

379 “Nessa hipótese, se o juiz defere o pedido de continuação do negócio do falido, há quem julgue com bons argumentos descabida a restituição desses equipamentos, sob pena de sua retirada implicar não só o estrago dos equipamentos, como a paralisação da própria fábrica”. (SANTOS, Paulo Penalva. *Obrigações e contratos na falência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 78).

380 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.144-145.

381 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.245.

382 Ver no apêndice deste trabalho o quadro sobre o encerramento da falência e a extinção das obrigações do falido.

383 Nesse sentido cabe transcrever o comentário de Manoel Justino Bezerra Filho: “[...] Tanto a sentença de encerramento da falência é meramente homologatória, é simples marco processual, que se após seu trânsito em julgado, for encontrado qualquer outro bem que deveria ter sido arrecadado, será reaberto o processo, o bem será arrecadado, vendido, seu valor rateado, até encaminhar-se nova sentença de encerramento; e assim sucessivamente, se novamente outro bem for encontrado para arrecadação.[...]”(BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 339). Entendemos que a fragilidade desta posição recai nas dificuldades práticas, que envolvem o custo para a execução do bem, a legitimação do sujeito ativo, pois nesta fase já não existe mais o administrador judicial e até mesmo questões processuais.

prazo de prescrição relativo às obrigações do falido com o trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

Na antiga lei de falências[384], assim como na LRE, não existe uma sessão específica para a reabilitação do falido. O falido alcança de forma automática a reabilitação para o exercício da atividade empresarial, salvo na hipótese de condenação por crime falimentar, caso em que se faz necessária a reabilitação. Com o trânsito em julgado da sentença que declara extintas as obrigações do falido, os autos serão apensados ao processo falimentar (LRE, §6º, art. 159). O requerimento do falido pode dar-se antes da sentença de encerramento da falência, caso em que ambas as sentenças serão prolatadas conjuntamente (LRE, §3º, art.159).

O processamento do pedido de extinção das obrigações do falido está previsto no artigo 159 da LRE. O falido deverá requerer ao juízo da falência a declaração de extinção de suas obrigações, que será autuado em apartado, juntando aos autos os documentos que comprovam a realização de uma das hipóteses previstas no artigo 158 ou no artigo 160, ambos da LRE. O juiz então ordenará a publicação de edital, em órgão oficial, e jornal de grande circulação, visando dar publicidade ao pedido do falido e garantir a qualquer credor o direito de opor-se, no prazo de trinta dias, contados da publicação do edital.

Após o decurso do prazo para a manifestação dos credores, não existindo impugnação, o juiz prolatará sentença de extinção[385], no prazo de cinco dias. Caso contrário, entendemos que o magistrado determinará as diligências necessárias para o esclarecimento dos fatos e dará oportunidade de defesa para o falido, decidindo após a análise do conjunto probatório. Parece-nos possível concluir que as mudanças no tocante ao encerramento e a extinção das obrigações do falido foram poucas, tendo o legislador o mérito de manter as situações, que já estavam consagradas pela jurisprudência. Ademais

---

384 Trajano de Miranda Valverde enumera algumas hipóteses de encerramento da falência: "o processo falimentar encerra-se: a) pela inexistência de bens a serem arrecadados ou pela insuficiência dos que o foram para atender as despesas no processo (art. 75); b) com a realização de todo o ativo e distribuição de seu produto aos credores; c) com a sentença que julga extintas as obrigações do falido (art. 137, §3º); d) com a sentença que julga cumprida a concordata suspensiva (art. 155, §5º)". (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v.3, p.82-83).

385 Quanto à natureza jurídica da sentença que declara extinta as obrigações do falido, esta tem iminente caráter declaratório. Paes de Almeida sustenta sua natureza constitutiva uma vez que projeta uma modificação do estado de falido do empresário, que passa a estar apto para o exercício da atividade. (PAES DE ALMEIDA, Amador. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.290).

agrupou a prestação de contas do administrador judicial e sua eventual responsabilização com o encerramento e a extinção das obrigações, o que facilitará seu exame.

A mudança no espírito da Lei é a marca mais forte impressa pelo legislador. Importante é considerar que a legislação falimentar ao garantir ao credor o reconhecimento de seu crédito e o respeito à paridade de tratamento, contempla regras que permitem o equilíbrio entre os diferentes interesses representados no concurso, pelo estabelecimento de privilégios. Neste contexto, a preservação da empresa, nos termos do artigo 75 da LRE surge como princípio norteador da falência, assim como a continuidade dos contratos, além de outros meios que visem a maximização do ativo e a redução dos custos de administração da massa. Separa-se a sorte do falido da sorte da empresa[386].

**3. Recuperação Judicial e garantia fiduciária**.

A Lei de recuperação de empresas e falência traz instrumentos jurídicos aptos a viabilizar a reestruturação da empresa em crise, que se mostre economicamente viável, e não o sendo, para a consecução de sua falência.

Tal viabilidade[387] demonstra-se pela aferição de possibilidades concretas de recuperação da empresa, cujo laudo serve de sustentáculo ao destino que lhe será traçado, consoante a confiabilidade dos credores no plano de recuperação. É importante frisar que o objetivo da recuperação judicial assenta-se na superação da crise econômica e financeira que aflige a empresa, através de instrumentos idôneos e aptos a propiciar sua preservação, enquanto atividade empresarial viável.

---

386 "Em razão do principio da autonomia patrimonial, ou seja, da personalização da sociedade empresária, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações desta. Se a pessoa jurídica é solvente, quer dizer, possui bens em seu patrimônio suficientes para o integral cumprimento de todas as suas obrigações, o patrimônio particular de cada sócio é, absolutamente, inatingível por dívida social. Mesmo em caso de falência, somente após o completo exaurimento do capital social é que se poderá cogitar de alguma responsabilidade por parte dos sócios, ainda assim condicionada a uma série de fatores". (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 16.ed. rev. e atual de acordo com a nova lei de falências. São Paulo: Saraiva, 2005, p.116).

387 Jorge Lobo comenta: "A finalidade da norma do art.53 é provar, aos credores e ao juízo, que o valor da empresa em funcionamento não só é superior ao que seria obtido caso se decidisse liquidá-la, como, por igual, que a sua continuidade melhor atende aos múltiplos interesses envolvidos, v.g., dos empregados, dos credores, dos consumidores e da coletividade". (LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo F. C. S. de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141).

Questão interessante que se coloca, versa sobre a viabilidade[388] econômica da empresa. Por exemplo, uma das ferramentas para comprová-la, utilizada pelos profissionais da área financeira, é a projeção do fluxo de caixa. Notamos que mesmo o devedor cumprindo todos os requisitos legais, apresentando o plano e comprovando a viabilidade da empresa, ainda assim, não é o juiz que decidirá pela recuperação (salvo no caso do art. 58, §1º), mas, em última análise os credores, que são os destinatários do plano, e assim sendo, neles reside o grande interesse do devedor em demonstrar as vantagens da sua recuperação frente a uma eventual quebra.

Nesse ponto, comentaremos que a preocupação com o futuro da empresa, retratado no plano de recuperação, não deveria contemplar apenas o recente período de crise, ou soluções momentâneas, mas sim, ser concebido para prover os meios para sua continuidade ao longo do tempo, eis que o mercado, além de outros fatores determinará o sucesso ou a ruína do negócio. Nas palavras do professor Paulo F. C. Salles de Toledo, restando "a falência como solução para as empresas economicamente inviáveis[389]".

Na síntese de COMPARATO[390]:

> O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso direito falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa como centro de múltiplos interesses do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral desvinculando-se da pessoa do empresário.

Assim a empresa é também um centro de múltiplos interesses, qualificadamente distintos, que envolvem desde acionistas, trabalhadores, credores e devedor, até a coletividade, eis que atualmente confere-se grande importância a sua função social. Rachel Sztajn acrescenta que "a função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente[391]".

---

388 "Segundo o USC, Capítulo11, a empresa deve ser reestruturada, saneada e conservada quando for viável, quando o plano demonstre a existência de concretas possibilidades de recuperação e desde que fique patente que o valor da empresa em funcionamento é superior ao que seria apurado em caso de decidir-se liquidá-la". (LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo F. C. S. de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 144).

389 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE, *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n.83, Ano XXV, pp. 98-106, setembro de 2005.

390 COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p.102.

391 SZTAJN, Raquel. In: *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*: Lei 11.101/2005. Francisco Satiro Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.222.

Diante de uma situação de crise empresarial, devemos ter em mente que a colaboração, fruto da convergência de interesses, representa um ganho maior, do que o conflito que certamente poderá levar a decretação da falência. Resgatar o melhor valor possível da empresa visando sua recuperação, inclusive pela venda de ativos operacionais e não operacionais, desde que prevista no plano, confere maior confiabilidade ao credor que, em contra partida mostra-se disposto a assumir maiores riscos.

Claro está que este seria o ideal, talvez esperado pelo legislador, mediante a negociação estruturada que o sistema brasileiro adotou. Todavia, a indecisão dos participantes (compreendidos os credores, o devedor, o governo e a sociedade) leva a uma situação temerária de sucateamento da empresa.

O plano de recuperação assume um papel de grande destaque, pois conterá os meios que o devedor considera hábeis à sua reestruturação, assim como, refletirá o grau de confiabilidade sentido pelos credores[392]. O que definirá o destino da empresa na LRE, posto que aos credores na Assembléia-Geral[393] caberá aprovar ou rejeitar o plano, no caso de qualquer credor manifestar sua objeção (art.55). Assim ao devedor[394] cabe a escolha de como proceder na formulação do plano[395]; em outras palavras, quais serão os meios de recuperação escolhidos, levando-se em conta a necessidade de despertar no âmago do

---

392 "Na Roma antiga, o devedor civil de boa-fé, que alegasse a transitoriedade de suas dificuldades financeiras e desse indícios de possibilidade de satisfazer os seus credores em determinado espaço de tempo, podia pedir ao Imperador *a indutia quinquinallis*, ou seja, a dilação do prazo por até cinco anos para sanar suas obrigações pendentes. Justiniano, a seu tempo, transferiu a subordinação desse benefício à deliberação dos credores em assembléia e por maioria de votos. Nessa assembléia, os credores verificavam a importância dos créditos, atendiam ao mais vantajoso e podiam permitir que o devedor continuasse administrando os seus bens". (TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 47).

393 "A nova sistemática legal, ao atribuir maior força aos credores, espera deles uma participação mais efetiva no equacionamento da crise do devedor. E para tanto lhes oferece dois mecanismos, a assembléia-geral e o comitê de credores. O primeiro já existiu em nosso Direito Falimentar, e não deixou saudades (mas a realidade jurídica era outra). O segundo é novidade absoluta". (TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n.83, ano XXV, set. 2005, p.103).

394 "Se o empresário detectou quis as dificuldades, em que consiste a crise por que passa, descobriu as causas e razões que lhe deram origem, e engendrou um plano completo para sanar os males que envolvem a empresa e recuperá-la, basta demonstrar se esse plano viável, factível, realizável, com grande probabilidade de auspiciosos resultados práticos". (PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.154).

395 "Inovação positiva constante do projeto diz respeito ao fato de não haver prazo máximo preestabelecido para o cumprimento do plano de recuperação apresentado pelo devedor, pois deverá ser elaborado em período de tempo suficientemente adequado à sua capacidade de produção e nos limites dos recursos disponíveis, diferentemente da atual legislação, que prevê o prazo máximo de dois anos para o cumprimento da concordata". (MACHADO, Rubens Approbato. BERTASI, Maria Odete Duque, MARZAGÃO, Lídia Valério. Recuperação da empresa: considerações sobre o projeto de lei 71/2003. *Revista do Instituto dos Advogados*. São Paulo: IASP, v.7. n.14. jul./dez. 2004, p. 29).

credor a credibilidade no êxito da recuperação que se propõe, pois nos parece que a reestruturação da atividade empresarial é um negócio de confiança[396].

O plano de recuperação judicial pode ser concebido como um instrumento apto a realizar a preservação da empresa. Deve o plano conter[397]: (i) a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação (art.50); (ii) a demonstração de sua viabilidade econômica[398] e (iii) o laudo econômico-financeiro[399] e de avaliação dos bens e ativos do devedor[400]-[401]. Prevê expressamente a LRE que este laudo será subscrito por profissional legalmente habilitado ou por empresa especializada.

Parece-nos que a urgência quanto à aprovação do plano de recuperação judicial devem-se às conseqüências do término do *stay period*[402]-[403], que também pode provocar nos credores maior empenho na negociação e na obtenção de um resultado comum que propicie a aprovação do plano, notadamente quando mais vantajoso que a liquidação.

---

396 "A conotação processual, ínsita no instituto desde suas origens, exarcebada, passou, com o tempo, a não mais se coadunar com as finalidades deste, graças ao robustecimento da teoria da empresa, em torno da qual passou a gravitar o moderno Direito Comercial". (ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p.9).

397 LRE, art. 53, I a III.

398 "[...] os critérios econômicos passam ao primeiro plano, daí dizer-se, em síntese, que quando o escopo da lei é recuperar a empresa, deve-se considerar não o pressuposto objetivo jurídico do inadimplemento da obrigação líquida e certa de título que legitime a ação de execução ou da cessação ou da suspensão dos pagamentos das dívidas vencidas, mas o pressuposto objetivo econômico do estado de crise da empresa ou, melhor ainda, o pressuposto objetivo do tipo aberto, para usar a linguagem do discurso tipológico de KARL LARENZ, sendo imprescindível bem compreender esta distinção e bem dominar os fundamentos, os princípios e as finalidades do novo instituto". (LOBO, Jorge. Direito da empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro. v.9. n.34. 2006, p. 26).

399 "O laudo econômico-finamceiro visa mensurar o potencial de negócios da empresa, envolvendo a análise econômico-financeira do passado, feita sobre seus balanços". PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.154.

400 Rachel SZTAJN comenta: "A conjunção aditiva, parece, deveria ser substituída por uma disjuntiva, isto é, bens ou ativos, supondo que ativos são os bens contabilizados, enquanto há outros bens, imateriais, em geral nem sempre objeto de representação nos balanços". In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 266.

401 LSA, Art.179, V (faz expressa menção ao ativo imobilizado).

402 LRE, ART.6º

403 Sentença sobre recuperação e sustação de protesto: "Há o pedido de recuperação judicial (Processo 583.00.2006.100990-6), porém, tal pedido, por si só, não impede a sustação dos protestos, pois a suspensão das ações e execuções (e neste item seria possível argumentar pretensão de recuperação) só ocorre com o deferimento do processamento da recuperação judicial; ou seja, não basta a simples distribuição. Ademais, não há interesse de agir, também pelo fato de que os protestos não impedem o pedido de recuperação judicial". (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Jurisprudência da nova Lei de recuperação de empresas e falências*: decisões, ofícios judiciais, resoluções, sentenças, acórdãos, dentre outros documentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 108).

Além disso, cabe ao devedor, no plano, eleger os meios de recuperação[404] mais aptos a atender tanto as necessidades de reestruturação da empresa quanto às exigências dos credores, denotando elevado grau de confiabilidade. Neste caso, pode-se cogitar de não existir qualquer objeção, hipótese em que estará tacitamente aprovado.

Assim a LRE confere um importante papel aos credores[405], que passam de meros observadores no instituto da concordata[406] à categoria de protagonistas[407], cuja manifestação encontra seu ponto de maior destaque, quando da deliberação da Assembléia-Geral de Credores[408] sobre a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial.

Ao estudarmos o procedimento de recuperação judicial[409], analisamos primeiramente as questões envolvendo a legitimidade ativa e passiva. Somente o

---

404 LRE, ART. 50: "Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores do direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive á sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto e legislação específica; XIII – usufruto de empresa; XIV – administração compartilhada; XV- emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor".

405 "A participação dos credores pela nova Lei, é intensa e determinante para que se atinja o objetivo da recuperação, que é o de assegurar os seus interesses, deixando, assim, de ser espectadores, para se tornarem ativos atores dentro do processo, não só individualmente, mas através da participação no Comitê de Credores e na Assembléia-Geral de Credores". (MACHADO, Rubens Approbato. Alterações da nova lei de falências e de recuperação das empresas.(*Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n.83, ano XXV, p.121-26, set. 2005).

406 "Estes sairão sempre perdendo, ainda quando consigam provar a matéria capaz de impedir que o juiz outorgue ao devedor os favores, com que a lei o brindou. Inverteram-se efetivamente, os papéis. Se antes, era o devedor, ou o falido, que tinha de trabalhar afim de obter o apoio majoritário dos credores, agora é a estes que cabem os encargos, quando queiram opor-se à concordata ruinosa ou defraudatória de seus direitos creditórios". (FERREIRA, Valdemar. *Instituições de direito comercial*, 1951, v.5, p. 293).

407 "Os credores, com a LRE, subiram na escala dos sujeitos processuais da recuperação de empresas (judicial ou extrajudicial) e das falências. De meros expectadores, que na antiga concordata não chegavam a manifestar sua concordância, passam a protagonistas da história das empresa em crise, decidindo, no ato final, se ela poderá sobreviver ou se irá quebrar". (TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n.83, ano XXV, set. 2005, p. 103).

408 "Nesse aspecto, a Lei 11.101/05 trouxe, no nosso entendimento, uma estrutura extremamente rígida para a representação das classes que pode, em última análise, não espelhar a realidade da composição do passivo, uma vez que poderá haver um critério político de escolha dos membros do comitê, o que poderia resultar possíveis situações de fraude". (PERIN JUNIOR, Ecio. O administrador judicial e o comitê de credores no novo direito concursal brasileiro. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.188).

409 V. no Apêndice deste trabalho o quadro esquemático sobre o procedimento de recuperação judicial.

devedor[410] tem legitimidade para requerer a recuperação judicial, desde que comprove o regular exercício de suas atividades há mais de dois anos e cumulativamente atenda aos requisitos do art. 48, apresentando petição inicial devidamente fundamentada e instruída (LRE, art.51). Por outro lado, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (LRE, art. 49), ressalvados aqueles previstos no art. 5º e no art. 49, §§3º e 4º.

Tratando-se de credor financeiro com garantia real durante o prazo de suspensão proibe-se a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade (LRE, art. 49, §3º)[411].

O juiz deferirá o processamento do pedido[412], estando em termos, e tomará uma série de medidas: nomeará administrador judicial, suspenderá todas as ações e execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias, determinará a apresentação do plano em 60 dias (sob pena de convolação em falência) e a publicação de edital contendo: i) a decisão que deferiu o processamento, ii) a primeira relação de credores, iii) advertência dos prazos para habilitação[413] e apresentação de eventuais objeções ao plano[414]. Os credores também poderão convocar[415] a Assembléia-Geral[416]-[417]-[418]-[419] e formar o Comitê[420]. O

---

410 CC, Art.966: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços". E o art. 982 do CC dispõe que: "Salvo, as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e simples, as demais". O parágrafo único do art. 982 dispõe: "independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples, a cooperativa".

411 CC, Art.49, §3º: "Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o período de suspensão a que se refere o §4º do art. 6º desta Lei, a venda ou retirada dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial".

412 LRE, art.52.

413 LRE, art. 52, §1º, III.

414 LRE, art. 55.

415 LRES, art. 52, §2º.

416 "Terão direito a voto as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial ou pelo próprio devedor, acrescida, em qualquer dos casos, dos credores que tenham habilitado seus créditos ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial até a data da realização da AGC". (BERTASI, Maria Odete Duque. Administrador judicial – comitê e assembléia geral de credores na lei de recuperação de empresas e falências. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.144).

417 "Na Nova Lei, a Assembléia Geral de Credores tem por atribuição deliberar tão-somente sobre dois institutos: a recuperação judicial e a falência. Na recuperação extrajudicial, não há Assembléia de Credores, ao menos não do ponto de vista formal, por ser, como o nome diz, extrajudicial, um acordo dos interessados sem a necessidade de interferência do Estado. Aliás, não é à toa que , no texto legal, a Assembléia de Credores faz parte do segundo capítulo da Lei Falimentar, denominado 'Disposições Comuns à Recuperação

devedor não poderá mais desistir da recuperação, salvo com a concordância da Assembléia-Geral de Credores[421]-[422].

Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, a votação será feita em cada classe, obtendo-se a aprovação com o voto dos credores que representam mais da metade do valor total dos créditos presentes e cumulativamente pela maioria simples dos presentes (credores previstos no art.41, II e III, da LRE ). Na classe trabalhista basta que a votação se dê com base no voto da maioria simples dos presentes. A regra é o voto proporcional ao crédito, salvo no caso dos trabalhadores em que se elegeu a votação por cabeça. Frise-se: a lei exige que todas as classes de credores aprovem o plano de recuperação judicial (LRE, art. 45). Esta é a forma de aprovação[423] que podemos denominar como ordinária e expressa[424].

Outro exemplo de tratamento diferenciado conferido aos credores trabalhistas e acidentários, cujo fundamento é a natureza de seus créditos, encontra-se no artigo 10 da

---

Judicial e à Falência', em cuja quarta seção se cuida exatamente do tema". (SADDI, Jairo. Considerações sobre o comitê e a assembléia de credores na nova lei falimentar. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.203).

418 Segundo Paulo F. C. S. de TOLEDO: A assembléia geral de credores é um órgão colegiado não obrigatório, que toma deliberações de interesse dos credores com fundamento no princípio majoritário (art.42), salvo quanto: a) decisões sobre o plano de recuperação, em que a votação obedece ao sistema de dupla maioria e ao sistema do voto por cabeça; b) à realização do ativo na falência de forma alternativa, que se orienta pelo princípio da maioria qualificada; e c) à constituição do comitê de credores que se baseia em um critério especial. (In: __; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.86/87).

419 "Assim, mais especificamente no caso da deliberação acerca do plano de recuperação judicial, ainda que a totalidade dos credores não concorde ou não se manifeste formalmente, poderá a Assembléia decidir, uma vez atendidas as prescrições legais, quanto ao aumento de prazo de pagamento; perdão e novação de dívida, constituição de garantia real; substituição dos administradores, aceitação ou não do plano de recuperação judicial, dentre outras matérias de igual relevância". (ARAGÃO, Paulo Cezar; BUMACHAR, Laura. A assembléia geral de credores na lei de recuperação e falências. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas – Lei n.11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 118).

420 LRE, art. 36.

421 LRE, art. 52, §4º.

422 "Aliás, embora a lei não seja muito clara a esse respeito, parece que, se os credores em assembléia geral aprovarem desistência do devedor quanto à recuperação judicial, esta poderá então ocorrer em qualquer fase do processo, e não apenas mediante o deferimento do processamento da recuperação". TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.115.

423 Quanto á aprovação ou rejeição do plano Fábio U. COELHO leciona: "Aprovado um plano de reorganização pelos credores reunidos em Assembléia, com atendimento ao quorum de deliberação estabelecido no art. 45, ele é informado ao juiz, que, então, concederá a recuperação judicial. Se nenhum plano tiver sido aprovado, por outro lado, a rejeição é transmitida ao juiz, para que ele decrete a falência do requerente do benefício". (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*: lei n. 11.101, de 9-2-2005, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.166).

424 Explicamos: ordinária no sentido de ser aprovada sem o recurso do *cram down*. Expressa, por existir manifestação do órgão assemblear. Não estamos nos referindo ao modo de votação.

LRE, que disciplina a denominada habilitação retardatária[425]. A lei autoriza aos credores que não observaram o prazo de 15 dias a contar da publicação do edital, na recuperação ou na falência, que promovam sua habilitação posteriormente, sendo recebida como retardatária. Entretanto, o que nos interessa observar é que, na recuperação judicial há imposição de sanção a estes credores, que consiste na proibição de votar na Assembléia-Geral, salvo se titulares de créditos derivados de relação de trabalho[426].

Não tendo sido aprovado o plano pela votação de uma determinada classe de credores, a Lei oferece ao juiz a faculdade[427] de aprová-lo, desde que, cumulativamente, se verifiquem preenchidas estas condições[428]: (i) voto favorável de mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independente de classe; (ii) a aprovação de duas classes de credores ou pelo menos de uma classe[429], caso existam apenas duas classes votantes; (iii) o voto favorável de mais de 1/3 dos credores pertencentes à classe que o rejeitou. Notamos que ao juiz não se abre qualquer oportunidade de examinar o plano. É o denominado "*cram down*"[430]-[431]-[432].

---

425 "Conclui-se, então, que habilitações retardatárias poderão ser processadas sem necessidade de ação judicial até a homologação do quadro geral de credores, a partir de quando qualquer crédito só poderá ser habilitado em ação ordinária". (TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.69).

426 LRE, ART. 10, §1º.

427 Nesse sentido Calixto Salomão Filho: "Parece imperioso então que a jurisprudência venha a interpretar essa faculdade (no art. 58, §1º, a expressão utilizada é 'o juiz poderá') de forma sistemática e teleológica, não admitindo e exigindo a adaptação de planos que não contem com a aprovação de uma das votações em separado (em especial a dos trabalhadores), se esse plano não tiver garantias de preservação da empresa. Não se trata de impedir a recuperação, mas sim de exigir a adaptação do plano e a introdução de concessões por parte do controlador e/ou credores". In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.49.

428 LRE, art.58, §1º.

429 LRE, art.45.

430 Paulo F. C. S. de TOLEDO ao estudar o direito norte-americano explica: "normalmente, para que um plano seja confirmado, i.e., para que se dê sua homologação judicial, é preciso dentre outros requisitos a serem cumpridos, que seja ele aceito por todas as classes, nele estabelecidas, que tenham tido seus direitos alterados. A lei prevê, no entanto, uma exceção a essa regra: o *cram down*. Este corresponde à faculdade outorgada ao juiz, de impor aos integrantes de uma classe dissidente a aceitação do plano". *A empresa em crise no direito francês e americano*. São Paulo, 1987, 107f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

431 Alberto C. MOREIRA comenta: "o *cram down* brasileiro é legalista, fechado, e não dá margem ao juiz para a imposição do plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores". Conclui o autor: "a lei brasileira não confere ao juiz nenhuma margem de discricionariedade para a imposição de um plano aos credores discordantes. Basta e dizemos isso sem nenhuma conotação pejorativa, a verificação aritmética do resultado da assembléia". In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 258-259.

432 Paulo F. C. S. de TOLEDO observa: "O juiz, fazendo atuar o mecanismo do *cram-down*, terá em mente afastar objeções que não se afigurem razoáveis, e terá sempre como oferecer a solução mais justa para as hipóteses. O plano, com efeito, deverá ser *fair*, *equitable* e f*easible*. Os dois primeiros requisitos correspondem à justiça (fairness), com o que se fundamenta a procura da solução mais justa. O *BanKruptcy Code*, na §1129 (b), indica os requisitos para que se verifique "*the condition that a plan be fair and*

Aprovado o plano e apresentada certidão negativa de débitos tributários[433]-[434]-[435]-[436]-[437]-[438] pelo devedor, será concedida a recuperação judicial[439]-[440], permanecendo o

---

*equitable*". In: *A empresa em crise no direito francês e americano*, São Paulo, 1987, 107f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

433 LRE, art. 57.

434 Sobre a exigência de certidão negativa dos débitos tributários, Fábio U. COELHO comenta: "O prazo para o devedor cumprir o art. 57 da LF é de cinco dias (CPC, art. 185; LF art. 189). Decorrido esse prazo, os autos devem ser promovidos à conclusão, para que o juiz tome uma das seguintes decisões: Caso tenham sido juntadas as certidões negativas de débitos tributários, ele deve conceder a recuperação judicial; caso contrário, como diz o Código Tributário Nacional que 'a concessão de recuperação judicial depende da prova de quitação de todos os tributos (art. 191-A), o juiz deve simplesmente indeferir o pedido. Com o indeferimento da recuperação judicial, deixa de produzir seus efeitos o despacho anteriormente exarado – quer dizer, as ações, execuções e pedidos de falência que se encontravam suspensos voltam a correr normalmente". *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*: Lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.165.

435 Eduardo S. MUNHOZ tece criticas quanto à exigência de quitação dos débitos tributários: "diante desse quadro, considerando as formas de parcelamento dos débitos tributários em vigor, a regra do art. 57, ora examinada, pode levar à completa inviabilização da recuperação da empresa". In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e* falência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.281.

436 **Petição sobre certidão negativa de tributos**: "Ora, já não seria correto exigir que uma empresa em recuperação judicial se submetesse aos termos e condições extremamente onerosos do parcelamento federal em vigor somente para se obter a CND, ferindo o principal objetivo da Nova Lei Falimentar, qual seja o da preservação da empresa. É ainda mais repugnante e de visão curta a exigência da Fazenda para que a empresa tenha sua falência decretada, mesmo pagando em dia o parcelamento tributário a que está submetida, mesmo tendo obtido consenso com seus credores e empregados no parcelamento de seu passivo". BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Jurisprudência da nova Lei de recuperação de empresas e falências*: decisões, ofícios judiciais, resoluções, sentenças, acórdãos, dentre outros documentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 129.

437 "Diz-se que a certidão é positiva com efeito de negativa quando, embora afirme a existência de crédito tributário constituído ou em processo de constituição contra a pessoa a quem se refere, vale dizer, embora afirme a existência de dívida tributária daquele para quem é fornecida, deve ser considerada satisfatória da exigência de certidão negativa. Por isto mesmo é uma certidão positiva. Não nega a existência do débito e por isto mesmo não é negativa. Mas em virtude das circunstâncias do caso concreto tem os mesmos efeitos desta". MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo. n.120. set. 2005, p. 73.

438 "Sabemos todos que os que necessitam da recuperação judicial estão em dificuldades financeiras. Sabemos também que as empresas em dificuldade financeira geralmente devem tributos. É evidente, portanto, que colocar a concessão da recuperação judicial na dependência da prova da quitação de todos os tributos, como prescreve o art. 191-A, do Código Tributário Nacional, é inviabilizar inteiramente o exercício do direito à recuperação judicial". (MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo. n.120. set. 2005, p.81).

439 Quanto à **natureza jurídica da decisão concessiva da recuperação judicial**, colecionamos a opinião de alguns autores:

- Jorge LOBO afirma tratar-se de sentença de natureza constitutiva, que novará os créditos anteriores ao pedido inicial (art. 59) e constituirá título executivo judicial (art. 59, §1º. In: TOLEDO, Paulo F. C. S. de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.
- Manoel Justino BEZERRA FILHO entende que tem natureza de decisão interlocutória, pois não põe fim ao processo. *Nova lei de recuperação e falências comentada*: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.170
- Sidnei Agostinho BENETI comenta: "Relevante questão, que não se vai aqui aprofundar, é a da natureza jurídica dessa sentença concessiva da recuperação judicial, cujo conteúdo de criação de novo estado jurídico para o devedor e suas obrigações é evidente, donde se pode alvitrar a caracterização como sentença constitutiva; mas não se engane que o conteúdo condenatório é desejado pela lei, ao determinar que a decisão concessiva constituirá título executivo judicial (art. 59, §1º)". In: PAIVA, Luiz F. V. de (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.238.

devedor, por dois anos, em recuperação[441], sendo que o descumprimento de qualquer obrigação do plano, nesse período, acarreta sua convolação em falência[442]. Acresce comentar que o art.68 da LRE[443]-[444] prevê o parcelamento do crédito tributário.

Como vimos o deferimento do pedido e seu processamento acarretam uma série de medidas determinadas pelo juiz e dentre estas, a mais significativa para o presente trabalho, consiste na suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias, o que também afeta as garantias fiduciárias. Manoel Justino Bezerra Filho comenta que a partir desta disposição a LRE passou a ser conhecida como lei de recuperação do crédito bancário, ao estabelecer que tais bens não serão atingidos pelos efeitos da recuperação judicial, dificulta-se a recuperação da empresa, que pode ver-se privada de seu maquinário ao término do prazo de cento e oitenta dias[445].

Com o objetivo de complementar o presente trabalho, enunciamos resumidamente o papel desempenhado pelos credores na recuperação das empresas tendo por base o direito comparado.

No direito americano: O Chapter 11 of BC prevê a *reorganization*, procedimento no qual o devedor apresenta um plano e um *disclosure statement*. Este plano deverá ser aprovado por todas as classes de credores por ele afetadas. Portanto, o papel dos credores é relevante na Lei americana. Há previsão da AGC (§341), com certa similaridade com a lei brasileira, nos seus traços maiores e também do Comitê (§1102(a) do BC). O

---

440 **Decisão que concedeu a recuperação da Parmalat**: "Como amplamente demonstrado nos autos, a começar pela petição da Parmalat Brasil S.A – Indústria de Alimentos (f.), a exigência das certidões negativas, como pressuposto de admissibilidade para concessão da recuperação judicial, aprovada pelos credores a ela sujeita, não podendo, portanto, prevalecer o óbice do art.57 da Lei 11.101/2005, pois afronta os princípios que regem o instituto da recuperação judicial, regulado pela mesma lei, bem como a própria Constituição Federal". (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Jurisprudência da nova Lei de recuperação de empresas e falências*: decisões, ofícios judiciais, resoluções, sentenças, acórdãos, dentre outros documentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 152).

441 LRE, art. 61.

442 LRE, art. 61, I.

443 Pertinente o comentário de Fábio U. COELHO: "A recuperação econômica tem expressivo passivo fiscal não dependente tanto do plano de recuperação judicial formulado no âmbito do processo que tramita em juízo. Depende, a rigor, do deferimento de sua solicitação de parcelamento junto aos credores fiscais (Fazenda Pública e INSS). A recuperação judicial pode servir, nesse contexto, apenas como argumento a mais para sensibilizar a autoridade competente na apreciação e decisão do parcelamento". *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*: Lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 180.

444 Luiz Antonio C. MIRETTI ressalta: "tal faculdade poderá ser exercida com aproveitamento da legislação já existente sobre o parcelamento, nos três níveis da fiscalização e mais o INSS ou, por força da vigência das normas relativas à recuperação judicial, ser trazida legislação específica para parcelamento das empresas em recuperação judicial". In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: doutrina e prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 277.

445 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências*: comentário artigo por artigo. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.136.

“cram down” se justifica quando a rejeição do plano não é razoável e busca-se uma solução mais justa. Nesta hipótese a aprovação do plano que foi rejeitado dependerá de duas condições: (i) que não cause *unfair discrimination* e (ii) que seja *fair, equitable* e *feasible*.

No direito francês: A salvaguarda e o *redressement* permitem a preservação da empresa. Em ambos, há um mandatário judicial que age em nome e no interesse dos credores. Não há previsão da AGC. Há previsão especificamente do Comitê na salvaguarda, podendo ser criado também no redressement e na *liquidation.* Cabe ao juiz, independentemente da vontade dos credores, conceder ou não a recuperação da empresa (L621-54 e L621-62, *Code de commerce*).

No direito português: O tratamento é unificado (prevê-se uma única forma processual). O plano de insolvência pode prever a recuperação e pode ser proposto tanto pelo devedor quanto por outro interessado. A finalidade é a satisfação dos interesses dos credores. Há previsão da AGC e da Comissão de Credores. A AGC decidirá se a empresa será recuperada ou liquidada e em que termos. A presidência da AGC é do juiz. Aos credores também cabe a nomeação do administrador da insolvência.

Para Humberto Theodoro Júnior: “Com essas matérias pontuais, que levam em conta incidentalmente a diferença de empresários e não empresários, a aplicação do processo português de execução concursal, para liquidar o ativo e ratear o apurado entre os credores do insolvente, aplica-se a todo e qualquer devedor e a toda e qualquer entidade coletiva ou singular, empresarial ou não, com personalidade jurídica ou sem ela. Só não se alcançam as entidades excluídas no nº 2, do art. 2º, pelas implicações que o regime comum da insolvência poderia acarretar ao sistema financeiro”[446].

No direito espanhol: A participação dos credores se faz menos presente do que em outras legislações. Prevê-se um tratamento único, que pode resultar no convênio ou na liquidação. A AGC atuará apenas no convênio e somente no caso em que o devedor não tiver apresentado proposta antecipada.

Na Espanha, segundo sua moderna *Ley concursal*, qualquer pessoa natural ou jurídica (de direito privado) poderá ser submetida ao regime único da insolvência. Isto, como é óbvio não impede que na lei única exista alguma previsão específica para

446 THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns aspectos processuais da nova lei de falências. Revista *IOB* Jurisprudência - Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre. v.7. n.39. p. 33-49. jan./fev. 2006, p. 43.

obrigações que sejam diferentes conforme se trate de comerciante ou não-comerciante. O certo, porém, é que a lei única para todas as pessoas físicas e na categoria das pessoas jurídicas alcança tanto as sociedades mercantis como as cooperativas, as associações, fundações e sociedades civis, desde que dotadas de personalidade jurídica[447].

No direito argentino: No concurso preventivo, o devedor conserva a administração e só será afastado em casos específicos. A Lei não prevê a AGC, uma semelhança longínqua é a reunião. Há previsão do Comitê (artigo 260) que é órgão de aconselhamento e neste âmbito tem amplos poderes. Há o "cram down" para o devedor (artigo 48) e também para o credor (artigo 52). Nesta última hipótese o "cram down" é limitado porque se impõem aos quirografários, mas não aos credores privilegiados. Pode-se dizer que no Acordo Preventivo Extrajudicial o papel dos credores também é relevante, já que o devedor deverá contar com a adesão de parte destes.

No direito alemão: Há um tratamento legal unitário (início unificado). Sua finalidade é a satisfação dos credores. Não há disciplina assemelhada à recuperação judicial propriamente dita. Há previsão da AGC e do Comitê. A AGC delibera sobre o plano de insolvência que pode prever o saneamento econômico do devedor e a transferência de parte ou do todo do estabelecimento empresarial. Também há previsão do "cram down" (§245).

**4. Situação do imóvel locado.**

Questão interessante surge ao analisarmos a situação do imóvel[448]-[449] locado que é objeto de alienação fiduciária em garantia, sobretudo no que se refere a determinar qual a ação cabível para a retirada do locatário.

---

447 THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns aspectos processuais da nova lei de falências. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre. v.7. n.39. jan./fev. 2006, p. 41

448 Ementa: Apelação Cível. Embargos à Execução. Alienação Fiduciária. Impenhorabilidade do Bem de Família. Revisão extra petita. Inocorrência. Limitação dos Juros Remuneratórios. Repetição do Indébito. Deram Provimento ao apelo dos embargantes/Apelantes E negaram Provimento ao apelo da Instituição Financeira. Unânime. (Apelação Cível Nº 70013043997, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 08/06/2006).

449 - APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPENHORABILIDADE. LEI 8009/90. IMÓVEL LOCADO. Os métodos de interpretação teleológico e sistemático, em detrimento do filológico ou gramatical, in casu, possibilitam ao intérprete alcançar o resultado seguro de que a não-utilização do imóvel como moradia não é elemento idôneo e suficiente para afastar a proteção ao único bem de família dos devedores (artigos 1º e 5º da Lei 8.009/90), mormente quando resta incontroverso que a renda proveniente do aluguel é utilizada para subsistência da entidade familiar, que reside em casa de parentes. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. APELO IMPROVIDO.

Em primeiro lugar, a locação[450] poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver aquiescência por escrito do fiduciário (art. 7º, Lei 8245/91), caso em que deverá ser denunciada no prazo de noventa dias a contar da consolidação da propriedade. A denuncia poderá ser realizada tanto pelo fiduciário quanto pelo terceiro que arrematou o imóvel no leilão.

Em segundo lugar, com a constituição da propriedade fiduciária o fiduciante passa a ter a posse direta do bem, tendo o uso e gozo do bem; dele podendo utilizar-se livremente, por sua conta e risco, enquanto adimplente. Tem-se, portanto, a possibilidade de locação do bem pelo fiduciante. Neste cenário, indagamos primeiramente quanto à existência do direito de preferência do locatário em caso de consolidação da propriedade em nome do fiduciário.

---

- Por oportuno, colaciono precedentes contemporâneos que demonstram adequadamente o posicionamento quanto ao bem de família: BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. IRRELEVÂNCIA. ÚNICO BEM DOS DEVEDORES. RENDA UTILIZADA PARA A SUBSISTÊNCIA DA FAMÍLIA. INCIDÊNCIA DA LEI 8.009/90. ART. 1º. TELEOLOGIA. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. ORIENTAÇÃO DA TURMA. RECURSO ACOLHIDO. I - Contendo a Lei n. 8.009/90 comando normativo que restringe princípio geral do direito das obrigações, segundo o qual o patrimônio do devedor responde pelas suas dívidas, sua interpretação deve ser sempre pautada pela finalidade que a norteia, a levar em linha de consideração as circunstâncias concretas de cada caso. II – Consoante anotado em precedente da Turma, e em interpretação teleológica e valorativa, faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma é o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família. (REsp 315979 / RJ ; REsp. 2001/0038624-5, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (1088), 2ª Seção, 26/03/2003, DJ 15.03.2004 p. 149). No mesmo sentido: (REsp 159.213/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 21.06.99). Recurso especial improvido. (REsp 445990/MG ; REsp 2002/0084648-7, Min. Franciulli Netto, T2, 09.11.2004, DJ 11.04.2005 p. 225.); REsp 698332 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2004/0149198-4, MIN. LUIZ FUX (1122), T1 - PRIMEIRA TURMA, 28/06/2005, DJ 22.08.2005 p. 140).

450 - TJ/RJ, 12ª Câm. Civ., Agr I n.2008.002.02746 - Des. Siro Darlan de Oliveira, j. 25.03.2008. Ementa: Agravo de Instrumento. Promessa de compra e venda de apartamento. Cláusula de alienação Fiduciária. Inadimplência Há mais de 02 Anos. Ação de reintegração de Posse. Decisão Interlocutória que indefere a liminar. Decisão que deve ser reformada. Aplicaçâo da Lei 9514/97 que dispõe sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel. Cumprimento de todos os Requisitos legais, quais sejam: inexistência da purga de mora e consolidação da propriedade em favor do agravante. Liminar que deve ser deferida. Conhecimento do recurso para dar provimento, deferindo-se a liminar de reintegração de posse, que deverá ser cumprida no prazo de sessenta dias após a comunicação da parte ré, ora agravada, de acordo com o artigo 30 da Lei 9514/97.

- TJ/RJ, 12ª Câm. Civ., Ap. 2006.001.10243, Des. NANCI MAHFUZ – j.29.08.2006. Ementa: Apelação cível. Contrato de compra e venda de imóvel a prazo. Ação em que se alega nulidade da cláusula mandato, que instituiu a incorporadora como representante dos adquirentes para firmar compra e venda com alienação fiduciária em seu proveito, que ocorreu com nova imposição de juros já aplicados, com confissão de dívida em seu favor, unilateralmente fixada, e em data não autorizada pelo contrato original. Posterior cessão de créditos a terceiro. Divergência de valores não justificada e aparentemente com acréscimos não pactuados. Necessidade de prova pericial. Anulação de oficio para realização de prova pericial.

Quanto ao direito de preferência[451], podemos afirmar que este não existe no caso da alienação fiduciária. É o que se depreende da leitura do parágrafo único do art. 32 da Lei n. 8.245/91, introduzido pela Lei n. 10.931/2004 dispõe que o direito de preferência que trata o art.32, nos contratos firmados a partir de 1º de outubro de 2001, não alcançará também os casos de constituição da propriedade fiduciária e de perda da propriedade ou venda por quaisquer formas de realização da garantia, incluindo o leilão extrajudicial. Exige a lei que essa condição conste expressamente de cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua grafia.

Marcelo Terra admite que o locatário poderá em última instância exercer direito de preferência no leilão extrajudicial, disputando o lance do imóvel junto com terceiros[452]. O art. 30 da Lei n. 9514/97 estabelece como meio hábil à retirada do imóvel das mãos do fiduciante que inadimpliu a ação de reintegração de posse[453], tendo como principal requisito desta ação, a consolidação da propriedade nas mãos do fiduciário. Marcelo Terra defende que esta ação também é cabível no caso do imóvel encontrar-se locado a terceira pessoa, eis que mais vantajosa em razão da liminar. Chalhub defende que a ação de despejo[454] é a mais adequada para a desocupação do imóvel, nesse caso, concluindo que a reintegração só tem lugar diante do devedor-fiduciante.

---

451 "A medida provisória n. 2.223 de 04.09.01, excepcionou expressamente a alienação fiduciária das hipóteses em que o direito de perempção do locatário poderia ser exercido. [...]. Em primeiro lugar, porque não existe a vontade das partes em celebrar uma compra e venda, ou uma dação em pagamento. Celebram um mútuo, com uma garantia. Assim, se admitíssemos o exercício da preferência no instante da alienação fiduciária, teríamos uma verdadeira expropriação, uma venda compulsória, nunca intencionada pelo legislador (e menos ainda, pelo devedor fiduciante). [...]". In: BARRAGAT, Marcelo Rogério. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: vantagens e interações com outros institutos jurídicos. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, v.3, n.25, mar. 2003, p.1977-78.

452 TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.78.

453 "[...] Nada diz a lei sobre o destino a ser dado, em tal hipótese, ao imóvel. Como este já se incorporou, a título de domínio pleno, ao patrimônio do credor fiduciário e, contrario sensu, o mencionado § 2º proíbe a venda em leilão por lanço menor do que aquela soma, tem-se de entender que o imóvel permanecerá na propriedade do credor, ficando livre ele, desde então, para aliená-lo a quem melhor entender e pelo preço que lhe convier. A solução parece um tanto extravagante, mas é a única que se compatibiliza com os textos de regência. É manifestada a inadequação de linguagem em que incide o texto legal. Não pode haver 'reintegração' em uma posse que o fiduciário não tem e nunca teve. [...]". In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97. *AJURIS*: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXVI n.80, dez. 2000, p.363.

454 "[...] O caso é, pois, de imissão na posse, não de reintegração nela: por haver-se tornado titular do ius possidendi pleno, o novo proprietário, agora na titularidade igualmente plena do domínio, cuida de juntar à posse mediata, que já tem, a imediata, que ele nunca teve porque permanecera com o dono anterior. Nada está disposto na lei quanto ao procedimento a ser adotado em juízo. Não há cogitar da adoção do rito da ação reintegratória, porque dela não é caso, como ficou visto, e também porque os requisitos e a configuração da liminar possessória são diversos daqueles fixados na lei ora comentada para o caso. [...]". In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97. *AJURIS*: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXVI n.80, dez. 2000, p.364.

Melhim Namem Chalhub desenvolve o seguinte raciocínio: "é irrelevante o fato de o fiduciário ou o arrematante não integrar a relação locatícia. Tanto nesse caso, como no caso da extinção de usufruto e do fideicomisso e, ainda, na hipótese de alienação do imóvel pelo locador, durante a locação, prevista no art. 8º da Lei do Inquilinato, a denúncia é feita por quem não participou da relação obrigacional original, ao qual a lei confere legitimidade para a retomada, que se faz por meio de ação de despejo"[455]-[456]. Já Marcelo Terra[457] entende que o credor fiduciário não está obrigado a respeitar a locação, pois a consolidação da propriedade nas suas mãos, pelo inadimplemento resolve todos os direitos reais concedidos na vigência da fidúcia.

O artigo 1359 do Código Civil dispõe que pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, fica resolvida a propriedade e também ocorre a resolução dos direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha. Transcrevemos a conclusão de Marcelo Terra: "ainda que o contrato seja por prazo determinado, com cláusula de vigência na hipótese de alienação e averbado ao pé da matrícula do imóvel, não se argumentando com qualquer direito do inquilino, pois este tem, no momento da locação, conhecimento pleno da natureza do direito do senhorio, amplamente noticiado no registro imobiliário[458]".

## 5. Da prisão civil

Em primeiro lugar analisaremos a questão da prisão civil[459] anterior ao julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do RE n.466.343 e do RE n.349.703.[460]

---

455 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 3ed., 2006, p.306.

456 Nesse sentido: "Assim é, e deve ser, porque o objeto próprio da ação de despejo não tem índole possessória, mas, sim, o propósito de resolver a locação, seguindo-se a inteligência do consagrado principio de que venda rompe locação. O adquirente, mesmo não sendo locador, tem o direito acionário de despejar o inquilino que se encontra no imóvel, por efeito de locação firmada com o alienante. Não, propriamente, para imitir-se na posse; a imissão será mera conseqüência da resolução necessária da locação. No caso vertente, o desfazimento da compra e venda com garantia fiduciária fez o imóvel retornar ao domínio do alienante, que, então, o encontrou locado a terceiro." (TJRJ, Agravo de Instrumento n. 2005.002.20836, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Jessé Torres. Decisão unânime). In: CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 305.

457 TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.79.

458 TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.79.

459 "Prisão civil, assim, é a que se realiza no âmbito estritamente do Direito Privado, interessando-nos, neste estudo, essencialmente, a que se consuma em razão de dívida impaga, ou seja, de um dever ou de uma

Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo: “no caso da alienação fiduciária em garantia, não existe contrato de depósito, pois o fiduciante não tem o dever de guardar o objeto, para a restituição, imediata, quando pedido pelo fiduciário. O fiduciante, em verdade, tem o objeto não para guardar, mas para utilizar-se dele, podendo nunca entregá-lo ao fiduciário, se a este pagar todo o débito do financiamento”[461]. Assim na alienação fiduciária em garantia antes de vencida a dívida, o devedor tem a faculdade de usar a coisa segundo a sua destinação, sendo obrigado, como depositário[462]-[463] a ser diligente quanto à guarda da coisa e a entregá-la ao credor, no caso do não pagamento da dívida.

---

obrigação descumprida e fundada em norma jurídica de natureza civil. Especificamente, neste trabalho, objetivando a prisão civil, por dívida, do depositário infiel e do alimentante descumpridor de dever alimentar”. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.51.

460 “O STF, por exemplo, no HC 74.383-8-MG, publicado na REVISTA JURÍDICA nº 238/97-105, em brilhante voto vencedor da lavra do nobre Ministro MARCO AURÉLIO, já externou entendimento a respeito da inconstitucionalidade da prisão do devedor fiduciário, quando na condição de ‘depositário infiel’, por equiparação do multicitado ‘diploma legal’. Eis a ementa do citado acórdão: ‘Prisão Civil – A regra constitucional é no sentido de não haver prisão civil por dívida. As exceções, compreendidas em preceito estrito e exaustivo, ocorrem à conta do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e da figura do depositário infiel – inc. LXVII do art. 5º da CF. Supremacia da realidade, da organicidade do Direito e glosa do aspecto formal, no que o legislador ordinário, no campo da ficção jurídica, emprestou a certos devedores inadimplentes a qualificação, de todo imprópria, de depositário infiel. O fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, resultou na derrogação desta no que extrapolava a hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia’”. In: LACERDA, Nathanael Lima; DIAB, Walter. Alienação fiduciária – prisão civil – depositário infiel – Dl 911/69 – inconstitucionalidade pelo prisma da CF/69 e da CF/88. *Revista Jurídica*, ano 46, v.250, ago. 1998, p.49.

461 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ilegalidade da prisão civil por dívida, na alienação fiduciária em garantia, *IOB* - Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n.23, dez./1993, p.459.

462 O artigo 1363 do CC dispõe que: “Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado como depositário: I – a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza; II – a entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento”.

463 Luiz Rodrigues Wambier encontra apoio em Eduardo Talamini (*Prisão civil e penal e* “*execução indireta*”, RT,1998, p.143) ao explicar a posição assumida por parte considerável da doutrina contrária à prisão do depositário infiel, senão vejamos: “O que tem sido sustentado, por respeitável parcela da doutrina e por forte corrente da jurisprudência, é, resumidamente, que lei infraconstitucional não tem o condão de qualificar como depósito hipóteses ‘que não correspondem perfeitamente àquele núcleo conceitual’ previsto na Constituição, derivado exclusivamente do conceito de depósito inscrito no Código Civil”. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e apreensão na alienação fiduciária, *IOB* - Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, jul.1999, p.184.

- Nesse sentido: “[...] É evidente, permissa vênia, que o devedor fiduciário não pode ser comparado ou equiparado com o depositário. Não se atribui ao devedor fiduciário o bem para que o mesmo tenha sobre ele o dever de guarda e conservação. Na verdade, o devedor fiduciário possui a posse imediata, que importa na utilização e no gozo do bem”. In: CHAVES, Luís Cláudio da Silva. Da alienação fiduciária em garantia. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte, v.6, 1999, p.220.

A matéria não era pacífica[464]-[465], existindo entendimentos nos dois sentidos, quanto à admissibilidade da pena de prisão ao depositário infiel, pois alguns autores e decisões judiciais, defendiam o entendimento de que o legislador aludiu às responsabilidades de depositário, mas não foi expresso em atrair-lhe as sanções[466]-[467], enquanto outros sustentavam a figura do depositário em sua completude como equiparação legal. Luiz Edson Fachin, citando Álvaro Villaça e Orlando Gomes sustenta que o possuidor direto não pode, em rigor, ser considerado depositário para os efeitos legais, pois não é proprietário aquele que retoma a posse de um bem, mas não pode ficar com a coisa para si e não pode ser considerado depositário aquele que não está obrigado a restituir a coisa, desde que, paga a dívida[468].

Nesse sentido, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar formou entendimento no Superior Tribunal de Justiça que não cabe a prisão civil do depositário infiel[469]-[470]-[471]-[472]-

---

464 **Importantíssima a informação acerca do julgamento sobre prisão civil para inadimplentes em contrato de alienação fiduciária, realizado em 23/11/2006 que encontra-se suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Celso de Mello**: "Pedido de vista do Ministro Celso de Mello suspendeu o julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) dos Recursos Extraordinários (REs nºs 466.343 e 349.703), respectivamente do Banco Bradesco S.A e do Banco Itaú S.A , contra acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Os acórdãos questionados estabeleceram que os contratos de alienação fiduciária de bens, em garantia de empréstimo, não se equiparam ao contrato de depósito de bem alheio, para efeito de aplicação da prisão civil, autorizada no inciso LXVII, do artigo 5º da Constituição Federal (prisão civil do depositário infiel). Por se tratar de assunto idêntico, a Presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, chamou para julgamento o RE n. 349.703, do Banco Itaú S.A, cujos autos, da mesma forma, serão objeto de vista do Ministro Celso de Mello. O placar da votação terminou da seguinte forma: RE n. 466.343: negaram provimento ao recurso o relator, Ministro Cezar Peluso, Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, Ministro Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Brito, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e a Ministra Ellen Gracie. O Ministro Celso de Mello pediu vista. RE n. 349.703: negaram provimento o relator Carlos Ayres Britto (sucessor do relator original Ilmar Galvão), os Ministros Gilmar Mendes, Moreira Alves ( sucessor: Joaquim Barbosa), Sydnei Sanches (sucessor: Ministro Cezar Peluso), Marco Aurélio e a Ministra Carmem Lúcia e a Presidente Ellen Gracie". Boletim Eletrônico Consulex, Ano XXIV, edição n.224, Brasília, quinta- feira, 23 de novembro de 2006.

465 Recurso Extraordinário n.349703/RS: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso. Acompanhamento Processual RE n.349703/RS. Disponível na internet: http://www.stf.gov.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp. Última atualização em 12 de dezembro de 2008. Consulta realizada em 26 de janeiro de 2009.

466 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das coisas. 19.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 433, v.3.

467 "Não fosse esse interesse, gerado pela necessidade do mútuo, não teria havido (a) a relação intrajurídica de crédito e débito e, por conseqüência, (b) a relação jurídica de transmissão fiduciária em garantia – vê se que nunca o devedor fiduciante se fez depositário". "A rigor, se quem é depositante pode em qualquer ponto do espaço-tempo exigir, em princípio, a devolução do bem depositado, não o pode o credor fiduciário, precisamente porque depositante ele jamais foi". "Se o for, como se se ordena a prisão do devedor fiduciante na condição de 'depositário' equiparado a depositário (portanto, não-depositário stricto sensu), é o com notória violação à regra jurídica constitucional de que 'não haverá prisão civil por dívida'". (ALVES, Vilson Rodrigues. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: Millenium, 1998, p.228).

468 FACHIN, Luiz Eduardo. *Comentários ao Código Civil*: direito das coisas, Antônio Junqueira de Azevedo (coord), São Paulo: Saraiva, 2003, p.348-349.

469 Nesse sentido: "1.Ilegal o decreto de prisão civil expedido contra o devedor fiduciante, porque este não pode ser considerado depositário infiel. 2. Recurso provido" (RSTJ 87:375).

[473]-[474] em contratos de alienação fiduciária, porque não existe depósito efetivo na espécie[475]. Outros ainda sustentam sua inaplicabilidade à luz dos princípios constitucionais, principalmente os da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

Em sentido contrário podemos citar Joel Dias Figueira Júnior, que a esse respeito entende ser uma conseqüência absolutamente lógica e natural da própria relação fático-potestativa, podendo o devedor usá-la livremente, respondendo sempre como depositário, nos termos dos incisos I e II do art. 1363, Código Civil[476]. Caio Mário defende a garantia da proteção efetiva do credor na cominação penal, pois a coisa alienada, ficando em poder do devedor, correr vários riscos, inclusive o de ser desviada, frustrando a segurança[477].

---

470 Nesse sentido: *Adcoas*, 1982, n.83.463. - "Não cabe em ação de depósito por alienação fiduciária decretar a prisão do devedor se a coisa alienada não se encontra em seu poder em virtude de roubo por ele comunicado à Polícia oportunamente" (TJRJ).

471 Nesse sentido: "Barbosa Moreira que diz que 'reconhecer à lei ordinária a possibilidade de equiparar outras situações, substancialmente diversas, à do depositário infiel, 'para o fim de tornar aplicável a prisão civil', [...] 'para evitar a eiva de inconstitucionalidade, portanto o art. 66, caput, da Lei 4728/65 com redação dada pelo art. 1º do DL 911, há de ter interpretação restritiva, subentendendo-se, após a expressão 'todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal', a cláusula 'salvo a prisão civil' (RSTJ 23/378)". (MICHELLAZZO, Busa Mackenzie. *Da busca e apreensão na alienação fiduciária*: teoria, legislação e prática. São Paulo: Lawbook, 2000, p.37).

472 Nesse sentido: "Conquanto o fiduciante seja legalmente equiparado ao depositário, o fato é de que se trata de depositário 'sui generis', porque não tem unicamente a 'custódia rei', mas a recebe para uso normal. Essa circunstância expõe o depositário a riscos, à inevitabilidade dos fatos como o furto, o roubo, mormente por meios violentos, à luz do dia, nos sinais luminosos, nos estacionamentos, nas garagens, a despeito da cautela regular na guarda e no uso da coisa. Notório o fato, cabe ao fiduciário a cautela elementar de exigir do fiduciante o seguro do veículo. Se não o faz assume o risco. No mesmo sentido: RT 487: 139; 502:203" (RT 480:200).

473 Nesse sentido: "Alienação fiduciária. Veículo. Busca e apreensão sem resultado positivo. Prisão decretada. Recurso provido em face das circunstâncias. Inocorrência do negócio. Não é de ser decretada prisão do devedor quando fica comprovado que a financeira se serviu da figura da alienação fiduciária como meio enérgico de garantir empréstimo" (RT 461: 170).

474 "(JSTF – Volume 233 – Página 367). 'HABEAS CORPUS' Nº 75.418-0-PR. Segunda Turma (DJ, 31.10.1997). Relator: O Sr. Ministro Nelson Jobim. Paciente: M. Tavares. Impetrantes: C. T. Muxfeldt e outro. Coator: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. EMENTA: HABEAS CORPUS – PRISÃO CIVIL - DEVEDOR FIDUCIÁRIO. EQUIPARAÇÃO AO DEPOSITÁRIO INFIEL. ENTENDIMENTO PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...] Sob o meu ponto de vista, a Carta necessariamente remete ao contrato de depósito e neste todos sabemos que a obrigação do depositário é a de guardar o bem para restituí-lo tão logo o peça o depositante. Na espécie da alienação fiduciária, tem-se como obrigação principal o pagamento do valor devido pela aquisição do bem". In: MICHELLAZZO, Busa Mackenzie. *Da busca e apreensão na alienação fiduciária*: teoria, legislação, jurisprudência e prática. 3.ed. São Paulo: Lawbook, 2000, p.98-99.

475 FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao código civil*: parte especial do direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 348-354, v.15.

476 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Novo código civil comentado*. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). São Paulo: Saraiva, 2008, p.1459.

477 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das coisas. 19.ed. rev. e atual. por Carlos Edson do Rego MONTEIRO FILHO.Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 433, v.3.

Ademais argumentam os defensores do cabimento[478]-[479] da prisão civil na alienação fiduciária que o Pacto de São José da Costa Rica [480]-[481] é norma infraconstitucional de caráter geral, específico quanto à exceção da prisão por obrigação alimentar, não tendo, pois, o poder de derrogar normas especiais da legislação brasileira pertinentes à prisão civil do depositário infiel, por obrigações originárias de depósitos convencionais ou necessários, além de permanecerem válidas as normas do diploma processual civil que disciplinam a ação de depósito, em que se admite a prisão civil do depositário infiel[482].

Luiz Rodrigues Wambier cita acórdão do STJ de que foi relator o Min. Nilson Naves, apontando precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é legitima a prisão civil do devedor que não fez a entrega do bem alienado fiduciariamente, tanto no plano da lei ordinária, quanto no plano do direito constitucional[483]. Melhim Namem Chalhub em interessante artigo traz a antiga posição do Supremo Tribunal Federal[484].

---

478 Nesse sentido: "É válido o decreto de prisão civil do depositário infiel, derivado do contrato de alienação fiduciária que não entrega o bem ou quantia equivalente em dinheiro, de acordo com a sentença, eis que não fere o art. 5º, LXVII, da CF vigente. Recurso provido (AI 72.238-3, 2ªCâmara, rel. juiz Waldemir Luiz da Rocha, j.16.11.94)". (RT717:244).

479 Nesse sentido: "Alienação fiduciária. Não ofende a Constituição (art. 153, §17 – hoje CF/88, art. 5º, LXVII) a decretação da prisão civil do devedor, alienante fiduciário, porque a própria lei o constitui depositário (art. 66 da Lei n. 4.728/65, com a redação do Dec.-lei 911/69): Precedentes do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido: RT 476:264". (JB, 17:74).

480 Nesse sentido: "O dec. – lei 911/69, ao estabelecer as regras para o instituto da alienação fiduciária, dispõe que o alienante e devedor torna-se possuidor direto e depositário 'com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal' (art. 1º). Assim, enquanto a Constituição contemplar a prisão do depositário infiel e a legislação definir o alienante fiduciário como enquadrado nessa condição, nenhuma ilegalidade haverá (Ap. 504.330-9, 9ª Câmara, rel. juiz Hélio Lobo, j.16.8.94)". (RT, 716:189).

481 "Sem dúvida, a principal vantagem da alienação fiduciária é a condição que o devedor fiduciário assume de depositário da coisa alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, com todos os encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. Isso importa dizer que, sendo depositário da coisa objeto da garantia, caso incorra em mora e não seja possível ao credor a apreensão do bem alienado, em tese pode o devedor ser submetido à pena de prisão por infidelidade depositária". SCATIGNA, Elizete Aparecida de Oliveira. Alienação fiduciária: 30 anos de decreto-lei n.911/69. *Revista Literária de Direito*. São Paulo, ano6, n.31, set./out., 1999, p.26.

482 Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. WALD. Arnoldo (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.21, ano 6, jul./set. 2003, p. 328, item 11.2.1.

483 Busca e apreensão na alienação fiduciária. *Repertório IOB de jurisprudência*. 1ª quinzena de abril de 1999, n.7, caderno 3, p.181.

484 "O STF, por seu plenário, no HC 72.131, firmou o entendimento de que persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, em se tratando de alienação fiduciária, reafirmando essa posição em todos os julgados posteriores, como é o caso do HC 75.306-0-RJ, do qual foi relator o Min. José Carlos Moreira Alves, cuja decisão é no sentido de que, mesmo 'em face da Magna Carta de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não se contrapor à permissão do art. 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derrogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais

Agora passamos a analisar a questão da prisão civil[485]-[486] após o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do RE n.466.343 e do RE n. 349.703 considerando-se o HC 87585[487] com o voto do Sr. Min. Celso de Mello.

---

sobre prisão civil do depositário infiel. Hábeas Corpus indeferido" In: Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. WALD. Arnoldo (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.21, ano 6, jul./set. 2003, p. 327, item 11.2.1.

485 - "Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu habeas corpus em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF ("não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;"). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão se absteve de pronunciamento". HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-87585)

- "Na linha do entendimento acima fixado, o Tribunal, por maioria, desproveu recurso extraordinário no qual se discutia a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: "Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.") — v. Informativos 304, 449 e 498. Vencidos os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, que davam provimento ao recurso". RE 349703/RS, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 3.12.2008. (RE-34703)

- "Seguindo a mesma orientação firmada nos casos supra relatados, o Tribunal negou provimento a recurso extraordinário no qual se discutia também a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia — v. Informativos 449, 450 e 498". RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 3.12.2008. (RE-466343)

- "Na linha do entendimento acima sufragado, o Tribunal, por maioria, concedeu habeas corpus, impetrado em favor de depositário judicial, e averbou expressamente a revogação da Súmula 619 do STF ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito"). Vencido o Min. Menezes Direito que denegava a ordem por considerar que o depositário judicial teria outra natureza jurídica, apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósitos, e que sua prisão não seria decretada com fundamento no descumprimento de uma obrigação civil, mas no desrespeito ao múnus público". HC 92566/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-92566).

486 EMENTA: Agravo de Instrumento. Privação da Liberdade de Depositário Infiel. A Supralegalidade de Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos subscritas pelo Brasil (Art. 7º. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – 'Pacto de San José da Costa Rica de 1969', E do Art.11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (Pacto de Nova Iorque), vedam a Prisão Civil do Depositário Infiel tanto na hipótese de contrato de Alienação Fiduciária como na de Depositário Judicial Infiel, unicamente remanescendo no Direito Brasileiro a Prisão Civil Por Dívida do inadimplente voluntário e inescusável de pensão alimentícia. Revogação da Súmula 619 do STF. Recente Orientação Plenária Consolidada do Supremo Tribunal Federal. [...] Destarte, o status normativo supralegal dos Tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação, e implica que prevalecem ditas Convenções internacionais frente à legislação infraconstitucional, inclusive à regra disposta no art. 652 do Código Civil, que cuida da prisão civil do depositário infiel. De qualquer maneira, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto de São José da Costa Rica, além de outros Tratados de Direitos Humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC n°. 45/2004, conferindo-lhes, então, status de emenda constitucional. 2. Recentíssima orientação plenária do STF nos

Segundo Notícia do Supremo Tribunal Federal de 13 de março de 2008, o ministro Celso de Mello, votou na sessão plenária do dia anterior pela inconstitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, no julgamento dos Recursos Extraordinários REs ns. 349703 e 466343 e no Habeas Corpus - HC n.87585. Para o ministro "os tratados que versem sobre direitos humanos, e dos quais o Brasil seja signatário, integram o ordenamento jurídico como norma de caráter constitucional". E a Constituição Federal (CF/1988) determina a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II da CF/1988) sobre outras normas. Desta forma, os tratados de direito humanos, mesmo anteriores a Emenda Constitucional n.45, são normas consideradas constitucionais. Segundo consta no voto: "dois dispositivos constitucionais previstos no artigo 5º referem-se à valorização dos direitos humanos no plano constitucional – o parágrafo 2º, que determina que os direitos conferidos pela CF/1988 não excluem aqueles provenientes dos tratados internacionais, e o parágrafo 3º, que equipara os tratados às Emendas Constitucionais, observado o procedimento para sua aprovação". Assim o Pleno julgou a prisão civil do depositário infiel como inconstitucional e cancelou a súmula n. 619.

---

Recursos Extraordinários 349703 e 466343 e HC 87585. Revogação da Súmula nº 619 do STF. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70028008902, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 30/12/2008)

487 - Transcrevemos, pela importância, parte da conclusão do voto do Min. Celso de Mello no HC n.87.585/TO. Em suma: o entendimento segundo o qual existe relação de paridade normativa entre convenções internacionais e leis internas brasileiras há de ser considerado, unicamente, quanto aos tratados internacionais cujo conteúdo seja materialmente estranho ao tema dos direitos humanos. É que, como já referido, a superveniência, em dezembro de 2004, da EC nº 45 introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil. [...] Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico- -constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição, embora pessoalmente entenda superior a fórmula consagrada pelo Art. 75, n. 22, da Constituição argentina de 1853, na redação que lhe deu a Reforma de 1994. É preciso ressalvar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade. [...] É que existe evidente incompatibilidade material superveniente entre referidas cláusulas normativas e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado, em 1992, ao direito positivo interno do Brasil, como estatuto revestido de hierarquia constitucional, por efeito do § 2° do art. 5° da Constituição da República. Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro o pedido de "habeas corpus", para invalidar a ordem judicial de prisão civil decretada contra o ora paciente. É o meu voto. (p.51-54).

# CAPÍTULO VI. Outros Sistemas

## 1. Direito Francês

A fidúcia no direito francês foi considerada ao longo do tempo como modalidade de atos constitutivos ou translativos do direito. Segundo Claude Reymond[488], para a moderna doutrina francesa, o ato fiduciário é conceituado como um contrato inominado. Claude Witz[489], por sua vez, atenta para a variedade de funções que pode a fidúcia preencher, concluindo que poderá ser usada tanto para a gestão de um bem quanto para fins assecuratórios.

Claude Reymond traz um conceito do ato fiduciário, como o contrato em que o fiduciante transfere um direito ao fiduciário, que se obriga a usá-lo conforme as diretrizes manifestadas pelo fiduciante e o fim convencionado. Os autores franceses tendem a concordar com essa definição, porém profundas controvérsias surgem quanto aos efeitos deste contrato, quer em relação a terceiros, quer na falência.[490]

Passemos a analisar o ato fiduciário. Claude Reymond explica que é composto de duas partes: de um lado, a transferência do direito ao fiduciário; de outro, a obrigação do fiduciário de usar desse direito conforme as cláusulas estabelecidas na convenção fiduciária. Parece-nos relembrar o "pactum fiduciae" dos romanos. [491]

Claude Witz também nos oferece uma definição do ato fiduciário, como sendo aquele em que o fiduciário torna-se titular de um direito patrimonial limitado em seu exercício pela obrigação de transferi-lo ao fiduciante ou a um terceiro[492].

Claude Reymond critica a falta de regulamentação do ato fiduciário, quanto à ausência de maior proteção aos direitos do fiduciante, que tem o bem cedido incorporado ao patrimônio do fiduciário, sem poder reivindicar a coisa. É uma relação que se caracteriza pela confiança. O referido autor atenta para a possibilidade do ato fiduciário ao ser regulamentado, tornar-se um novo direito real.[493]

Claude Witz conclui que o direito francês precisa se adaptar às construções jurídicas que não são fruto do trabalho legislativo, mas imperativos da sociedade moderna,

---

488 REYMOND, Claude. *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*. 1948, p.39.
489 WITZ, Claude. *La fiduce en droit prive français*. Paris: Economica, 1981, p.14-15.
490 REYMOND, Claude. *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*. 1948, p.07.
491 REYMOND, Claude. *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*. 1948, p.22.
492 WITZ, Claude. *La fiduce en droit prive français*. Paris: Economica, 1981, p.14-15.
493 REYMOND, Claude. *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*. 1948, p.95.

que não encontra nos tradicionais negócios jurídicos aquilo que precisam. Nesse âmbito o referido autor confere à fidúcia importante papel, como instrumento apto a gerir os bens e a garanti-los. Não existindo no direito francês obstáculos jurídicos ao desenvolvimento da fidúcia.[494]

Para Claude Witz, o princípio sobre o qual se fundamenta a fidúcia-garantia é tecnicamente simples: a garantia nasce da cessão de um direito patrimonial. A este propósito é interessante revelar o papel importante, atualmente desempenhado pela fidúcia no direito bancário, que se refere exclusivamente aos bens móveis incorpóreos[495].

No direito francês há duas figuras de fidúcia, uma com caráter assecuratório e outra ainda não regulamentada, que envolve a gestão de bens, com a criação de um patrimônio de afetação. Melhim Namem Chalhub informa que a Lei n.178-2005 alterou o Código Civil francês, que passou a regulamentar o negócio fiduciário, como aquele em que se transfere determinado bem, para determinado fim, que pode ser a gestão, garantia ou transmissão a título oneroso.[496]

Transcrevemos no rodapé os artigos do Código Francês que regulamentam o instituto da fidúcia[497].

---

494 WITZ, Claude..*La fiduce en droit prive français*. Paris: Economica, 1981, p. 313.
495 WITZ, Claude. *La fiduce en droit prive français*. Paris: Economica, 1981, p.177.
496 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.103.
497 **Titre XIV**. **DE LA FIDUCIE**
**Article 2011**. La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.
Nota: Loi 2007-211 du 19 février 2007 art. 12 : les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 forment un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire.
Article 2012 La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse.
**Article 2013**. Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.
**Article 2014**. Seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés.
**Article 2015**. Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L.511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.
Nota: Loi 2007-211 du 19 février 2007 art. 12 : les personnes morales mentionnées à l'article 2015 établissent des comptes annuels conformément aux dispositions des articles L123-12 à L123-15 du code de commerce.
Article 2016 Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie.

**Article 2017**. Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.
**Article 2018**. Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité :
1º Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ; 2º La durée du transfert, qui ne peut excéder trente-trois ans à compter de la signature du contrat; 3º L'identité du ou des constituants ; 4º L'identité du ou des fiduciaires ; 5º L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation; 6º La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.
**Article 2019.** A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France. Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts.
La transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions.
**Article 2020.** Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'Etat.
**Article 2021.** Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention. De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités.
**Article 2022.** Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant. Le fiduciaire rend compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers désigné en application de l'article 2017, à leur demande, selon une périodicité fixée par le contrat.
**Article 2023.** Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.
**Article 2024.** L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au
profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire.
**Article 2025.** Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine. En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire. Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée.
Article 2026. Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.
**Article 2027.** Si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire.
**Article 2028.** Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire. Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice.
**TITRE XV DES TRANSACTIONS**
**Article 2029.** Le contrat de fiducie prend fin par la survenance du terme, par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme ou en cas de révocation par le constituant de l'option pour l'impôt sur les sociétés. Il prend également fin de plein droit si le contrat le prévoit ou, à défaut, par une décision de justice, si, en l'absence de stipulations prévoyant les conditions dans lesquelles le contrat se poursuit, la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie. Il en va de même si le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution, ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption.
**Article 2030.** Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents
dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant.

Pela importância escolhemos três artigos para transcrever do Código Francês, mediante livre tradução.

O art.2011 do Código Francês estabelece que a fidúcia é a operação pela qual um ou vários constituintes transferem bens, direitos, garantias, um conjunto de bens, ou direitos e garantias presentes ou futuras, para um ou vários fiduciários que, os mantêm separados de seu patrimônio próprio, agindo com objetivo determinado, em proveito de um ou vários beneficiários. Pela nota constante do referido artigo, tais elementos transferidos formam um patrimônio de afetação.

O artigo 2027 do Código Francês dispõe sobre a possibilidade de designação de um fiduciário provisório ou de sua substituição. No caso do fiduciário faltar com seus deveres ou por em perigo os interesses que lhe são confiados, o constituinte, o beneficiário ou o terceiro designado consoante o artigo 2017 pode pedir na justiça a designação de um fiduciário provisório ou solicitar a substituição do fiduciário. A decisão judicial importa na desconstituição do fiduciário

Enfim o artigo 2029 trata do término do contrato de fidúcia e estabelece suas hipóteses, assim o contrato de fidúcia termina pela superveniência do termo, pela realização do fim visado quando este tem lugar antes do prazo, ou em caso de revogação pelo constituinte. O contrato termina igualmente de pleno direito se assim o previa ou na sua falta, por uma decisão da justiça; na ausência de estipulação, prevalecendo as condições nas quais o contrato prossegue, se a totalidade dos beneficiários renuncia à fidúcia. Ele se extingue da mesma forma se no judiciário for objeto de uma liquidação ou de uma resolução, ou desaparece em seguida a uma cessão ou uma absorção.

## 2. Direito Italiano

Para Alberto Trabucchi, a propriedade cessada a causa que limitava a extensão, retoma automaticamente a sua amplitude. É o fenômeno da elasticidade, característica de um direito que compreende um indeterminado número de faculdades. Diz-se pura aquela propriedade, no sentido ao menos de não existir limites precisos e o proprietário puder

---

**Article 2031**. En cas de dissolution du constituant, lorsque les ayants droit ne sont pas des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, le patrimoine fiduciaire ne peut être attribué à ces ayants droit ès qualités avant la date à laquelle le contrat de fiducie prend fin. Dans cette situation, les droits des ayants droit au titre de la fiducie ne sont pas transmissibles à titre gratuit entre vifs ni cessibles à titre onéreux.

fazer aquilo em que acredita. Não, porém, até o ponto de abusar causando dano a outrem[498].

Segundo Nicolo Lipari, caracteriza-se o negócio fiduciário como aquele ato de autonomia, manifestação de uma vontade seriamente dirigida, com a qual um sujeito (fiduciante) investe outro (fiduciário) de uma posição que excede o âmbito do resultado prático proposto, de modo que se convenciona no "pactum fiduciae", um limite particular, de tempo ou de conteúdo, fazendo operar o mecanismo jurídico na parte necessária para satisfazer o interesse do sujeito ou dos sujeitos interessados[499].

Para Maria Cristina de Cicco, a alienação fiduciária em garantia tem características próprias, com estrutura totalmente definida e não obstante, presentes semelhanças com outras figuras, este novo instituto é sustentado pelos princípios que a ele são peculiares[500].

Para Claudio Varrone, a "causa fiduciae" se revelaria assim em um direito de crédito a favor do transferente cujo conteúdo seria 'a restituição sob determinados pressupostos do objeto transferido, ou seja a ulterior transmissão desse para um terceiro e na correspondente obrigação do fiduciário[501].

Para Cariota-Ferrara, a essência destas questões negociais está na contraposição entre meio e fim; o meio excede o fim (a transferência da propriedade faz às vezes da hipoteca ou do penhor); a cessão de crédito substitui o mandato. A esta contraposição entre meio e fim corresponde exatamente uma contraposição entre o lado real e o lado obrigacional do negócio.

Para o citado autor, o ponto de vista econômico pode ser diverso: o direito, o bem dado em fidúcia, está fora da propriedade, não do patrimônio econômico do fiduciante, tendo este direito à restituição ou ao equivalente. Pode-se dizer que economicamente o fiduciário não deve tornar-se proprietário, mas apenas mandatário, titular do direito real de garantia. Por este ponto de vista é dado, com Goltz, definir o

---

498 TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 39.ed. Padova: CEDAM, 1999, p. 432.
499 LIPARI, Nicolo. *Negozio Fiduciario*. Milano: Giuffrè, 1971, p.64-65.
500 DE CICCO, Maria Cristina. *Alienazione fiduciaria in garanzia*: il modelo brasiliano. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p.25.
501 VARRONE, Claudio. *Il Transferimento della proprietà a scopo di garanzia*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1968, p.90-91

negócio fiduciário como um misto de verdade e aparência e pensar que juridicamente é tal, mas não o é economicamente[502].

Para Cariota-Ferrara, nos negócios indiretos são aqueles em que por raciocínio de efeito jurídico se faz uso de uma via oblíqua, transversa (Schleichweg). As partes querem conseguir por meio de um negócio, indiretamente, uma finalidade diversa da sua finalidade típica normal, isto é que corresponde à sua natureza, à sua finalidade. Pode-se dizer, em seguida, que se está em presença de um negócio fiduciário sempre que há uma contraposição entre um vínculo real e um vínculo obrigacional, e um excesso do meio sobre a finalidade. Existe, no entanto, negócio indireto em geral, todas as vezes em que se apresenta uma simples dissonância entre o meio adotado e o fim perseguido[503].

Otto de Souza Lima traz a definição de fidúcia desenvolvida por Longo: "um negozi giuridico, per cui uma delle parti, ricendo dall'atra uma cosa mediante la mancipatio o la in iure cessio, si obliga com apposita convenzione a restituirla al transferente, ovvero a spogliarsene per darle uma dterminata destinazione"[504]. E de Giuseppe Messina escreve: ""generalmente si definisce la fiducia come uma mancipatio fatta con l'obligatio nell'accipiente di remancipare"[505].

De Pietro Bonfante citamos outra conceituação da fidúcia: "La fidúcia si può definire uma convenzione, per cui uma delle parti (fiduciario), ricevendo dell'atra (fiduciante) uma cosa nella forma della mancipatio o della in iure cessio, assume l'obbligo di usarne a um fine determinato, e, di regola almeno, restituirla esaurito quel fine"[506].

Parece-nos que os autores italianos tratam da fidúcia nos moldes do direito romano, permanecendo o *pactum fiduciae* como elemento importante da sua caracterização. A figura da *fides* encontra-se presente, semeando as bases para um verdadeiro negócio fiduciário, em que a confiança não advém da lei.

Segundo Melhim Namem Chalhub[507], em 1983, a legislação italiana trouxe a figura do "investmente trust" ao campo dos fundos comuns de investimento e da

---

502 CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I negozi fiduciari*: transferimento, cessione e girata a scopo di mandato e do garanzia. Processo fiduciario. Padova: CEDAM, 1933, p. 25-26.
503 CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I negozi fiduciari*: transferimento, cessione e girata a scopo di mandato e do garanzia. Processo fiduciario. Padova: CEDAM, 1933,p.39-40
504 LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p. 54.
505 LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p. 51.
506 BONFANTE, Pietro. *Istituzione de diritto romano*. 10.ed. Torino: G. Giappichelli, 1946, p.471.
507 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.100.

securitização de créditos. Nesse caso, há a transferência de numerário para um trustee, que o administra, criando-se um patrimônio de afetação.

Para Diogo Leite de Campos: "A venda com fim de garantia italiana aproxima-se da venda a retro: vende-se uma coisa no momento em que se contrata a dívida, com cláusula de reaquisição – ou com condição resolutiva no caso de cumprimento da dívida. A jurisprudência tem entendido que tal negócio não vai contra a proibição do pacto comissório por, no momento da sua celebração, o devedor dispor de suficiente margem de negociação para fixar o preço de venda e demais condições (Pratis). A venda a retro seria utilizada como um negócio indirecto visando um fim de garantia"[508].

**3. Direito Anglo-americano**

A partir da Idade Média passa a existir na Inglaterra o instituto do *trust*[509], que tem como antecedente histórico o *use*. Melhim Namem Chalhub citando Messina explica que os uses transformaram-se em *trusts*, contendo em substancia, sua definição, ou seja, "uma relação jurídica pela qual uma pessoa (*feoffe to use*) era investida, segundo a *common law*, de poder jurídico cujo exercício deveria beneficiar economicamente outra pessoa (*cestui que use*)"[510].

Buscamos em Otto de Souza Lima preciosas informações sobre o *trust*, no antigo direito inglês, cujo antecedente próximo é o *use*. O referido autor esclarece que não se confunde com o nosso fideicomisso e que no direito anglo-saxão, este instituto assume várias funções. Otto de Souza Lima socorre-se das lições de Messina e de Franceschelli para explicar que numa fase inicial o *trust*, desconhecido pela *common law*, transmitia para o fiduciário a propriedade plena. Em fins do século XIV, o Chanceler intervém conferindo ao fiduciário um *writ*, que lhe confere um "ius ad personam", consistente na possibilidade de prisão do fiduciante. Ao longo do tempo amplia-se sua proteção. É importante registrar que a manifestação de vontade do fiduciante é essencial para a constituição do *trust*, ao

508 CAMPOS, Diogo Leite de. Alienação em garantia. *Revista Doutrinária*, Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado, Rio de Janeiro, 2000.p.76.
509 "Si chiama proprietà fiduciaria (altrimenti detta, formale) quellao per cui um soggetto (proprietario fiduciario) acquista un diritto temporane sulla cosa, oggeto del diritto; ma resta obbligato a servisi di esso, a bene, ficio di um altro soggeto (detto proprietario-beneficiario), come è característico del trust anglo-sassone". (MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*: codici e norme complementari. 9.ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1965, v.2).
510 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.21-22.

indicar que não se trata da transferência plena da propriedade. Desaparece então a figura do *settlor*, passando o *trustee* a representar os interesses do beneficiário[511].

Assim, podemos concluir com Melhim Namem Chalhub que este instituto consiste na entrega de certos bens a uma pessoa, para que deles faça uso conforme determinado encargo que lhe tenha sido cometido, repousando esse conceito na confiança depositada naquele que recebe o bem[512].

Mais atual, o "trust receipt" é amplamente utilizado pelos países anglo-saxões, pelo qual o devedor transfere fiduciariamente o domínio da coisa, para que esta sirva de garantia, podendo ser constituído independentemente da transferência, quando esta se encontra com o devedor, como depositário. Não há o desdobramento da propriedade.

Para César Fiúza no *trust*, há a formação de um patrimônio de afetação, pois o beneficiário está seguro, permitindo-se ao *trustee* apenas atos de administração[513].

Para Moreira Alves no *trust receipt* a propriedade não é resolutiva, pois há transferência direta da propriedade do vendedor para o financiador, o que não ocorre com a propriedade fiduciária no direito brasileiro.[514]

De acordo com Eduardo Salomão Neto, o "trust" produz a transferência da propriedade ou titularidade sobre um bem com os direitos, a um terceiro, o "trustee", que exerce tais direitos em beneficio de pessoa – beneficiário ou "cestui que trust" - designada expressamente no instrumento; se silente, indicada na lei ou jurisprudência. Ou ainda para a consecução de um objetivo. Considerando os fins propostos para sua criação, o citado autor classifica os "trusts" em: (a) privados, visam atender ao beneficiário e (b) "purpose trusts", que visam atender finalidades genéricas. Mais nos interessa os "trusts" privados que se subdividem em (a.1) expresso: o instituidor manifesta a sua vontade e exige-se o cumprimento de certas formalidades; (a.2) interpretativo[515]: derivam de disposições legais em sentido amplo, oriundas da jurisprudência, preponderando a eqüidade e (a.3) resultante:

---

511 LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p.151-63.
512 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.23.
513 FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*: de acordo com a Lei n. 9951/97. Rio de janeiro: AIDE, 2000, p.24.
514 ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro:Forense, 1979, p.26-27.
515 Valiosa a observação de Eduardo Salomão Neto de que nos Estados Unidos os "trusts" interpretativos são mais amplamente utilizados como provimento judicial visando à justiça no caso concreto, mais do que como modalidade de "trust", diferentemente do que ocorre na Inglaterra. In: *O trust e o direito brasileiro*, p.23.

o benefício advindo do “trust” retorna total ou parcialmente para o seu instituidor, independente da vontade deste[516].

Segundo Maria Helena Diniz: “O trust receipt requer a presença de um vendedor, de um comprador e de um financiador, por ser a operação para obter financiamento da compra de mercadorias, em que há transferência da propriedade do bem de vendedor para o financiador (em regra entidade financeira), que a entrega ao adquirente, deste recebendo um documento (trust receipt), onde se declara que o comprador ficará possuindo em nome do financiador a coisa adquirida que será posteriormente alienada pelo comprador para com o produto da venda pagar o valor do financiamento”[517].

Para Orlando Gomes no *trust receipt*, o financiador tem confiança no revendedor, senão, venderá ele a mercadoria, apropriando-se do preço, sem resgatar o título correspondente ao adiantamento recebido, perdendo aquele a garantia, que é em última análise a mercadoria[518].

Nesse sentido é o entendimento de Moreira Alves, a mercadoria passa diretamente, da propriedade do vendedor para a do financiador, que a entrega ao comprador (beneficiário do financiamento) recebendo deste um documento, o “trust receipt” no qual, por via de regra, se declara que o comprador possui em nome do financiador a mercadoria adquirida, que será, posteriormente, alienada pelo comprador, para que com o produto da venda possa ser pago o valor do financiamento[519].

Segundo Francisco Paulo de Crescenzo Marino, a noção de trust, criação da equity, fundamental no direito inglês, para alguns autores tem origem na fidúcia germânica, e é formada nesses moldes: ‘uma pessoa, o constituinte do trust (settlor of the trust), determina que certos bens serão administrados por um ou vários trustees, no interesse de uma ou várias pessoas, os cestuis que trust’. Esse acordo visa preencher várias finalidades, como liquidar patrimônios hereditários, proteger incapazes e mulheres casadas, além de contar com inúmeras aplicações no campo do direito societário e das fundações[520].

---

516 SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996, p.19-24.
517 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v.5, p.62.
518 GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p.19.
519 ALVES, José Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.26.
520 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. Revista Trimestral de Direito Civil, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.44.

Passemos a analisar os elementos do “trust”, consoante Eduardo Salomão Neto. A intenção é elemento condicionante do “purpose trust” e do trust expresso. Tal manifestação exige a plena capacidade do instituidor. Nos Estados Unidos, em regra, o “trust” pode se constituir sem prova escrita. No Reino Unido, os imóveis e os instituídos por testamento exigem a prova escrita da intenção. Quanto ao objeto do “trust”- indicado com precisão pelo instituidor - pode ser transferido ao “trustee” ou permanecer com o titular original, após se manifestar como “trustee”. E os beneficiários do “trust” devem ser concebidos de forma clara e condizente com os fins do “trust”[521].

Para Francisco Paulo de Crescenzo Marino, a princípio o “trust” poderia assemelhar-se a um contrato de mandato, sendo mandante o constituinte do “trust” e mandatário o “trustee”, entretanto revela-se, como um mecanismo de desmembramento da propriedade cuja compreensão deve partir da origem medieval do “trust” e de seu sucessor, o use. No sistema feudal, a principal característica no campo da propriedade imóvel foi a separação entre o “dominium directum”, ou domínio do solo, pertencente ao rei direta ou indiretamente, nesse caso por meio do suserano, e o “dominium utile”, ou título possessório, que cabia ao vassalo[522].

Quanto à responsabilidade, no direito norte-americano, os “trustees” responderão solidariamente, e no direito inglês só existirá responsabilidade do “trustee” colaborador da “quebra de trust”. Em ambos há o direito de regresso. A relação de natureza fiduciária entre “trustee” e beneficiário envolve os deveres de “lisura”, “lealdade”, honestidade comercial, inclusive abster-se de ganhos estranhos ao exercício do seu cargo. Em relação ao patrimônio, o “trustee” tem o dever de mantê-lo ou investi-lo conforme orientação do instituidor, ou silente, promover operações em prol da realização dos objetivos do “trust”. Enfim, a violação dos deveres do “trustee” é denominada “quebra de trust”. Já a extinção do “trust”, no Reino Unido ocorre por vontade do beneficiário junto aos tribunais, enquanto que nos Estados Unidos, será necessário também a concordância do instituidor[523].

Para Francisco Paulo de Crescenzo Marino, ao analisar o sistema inglês, afigura-se natural atribuir a partes distintas o direito de usar um bem e de administrá-lo – direitos estes normalmente agrupados na noção de ‘uso’, na tradição romano-germânica –

521 SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996, p.25-31.
522 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.45.
523 SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996, p.31-57.

bem como endereçar a partes diferentes o direito de dispor de uma coisa e de destruí-la – prerrogativas normalmente originadas no conceito de 'disposição', conforme os sistemas romano-germânicos. Para o citado autor, no caso do "trust", se verifica uma separação dos direitos reais inadmissível aos olhos da tradição romano-germânica. No "trust", há um desdobramento dos atributos da propriedade em duas vertentes: de modo geral, o "trustee" retém a administração dos bens do "trust" e pode deles dispor, "legal ownership", enquanto ao "cestui que trust" são atribuídos os direitos de usar, fruir e destruir materialmente a coisa, "equitable ownership". Francisco Paulo de Crescenzo Marino entende que tanto o "trustee" quanto o "cestui que trust" são proprietários. Nesse sentido, pode-se conceber que no "trust" há a separação da propriedade em propriedade formal, transmitida ao "trustee", e propriedade material ou econômica, cujo titular é o "cestui que trust"[524].

Eduardo Salomão Neto apresenta três teorias que procuram explicar a natureza jurídica do "trust". A primeira teoria enfoca o "trust" como relação obrigacional sendo o "trustee" o verdadeiro titular dos bens sob "trust", desprezando qualquer titularidade do beneficiário, daí demonstrar-se inadequada. A segunda teoria refere-se a existência de patrimônio autônomo, desprovido de titular, o que descaracterizaria seu conceito enquanto relação jurídica. A última teoria é a da divisão do direto de propriedade dos bens entre o "trustee" e o beneficiário, que foi acolhida pela jurisprudência inglesa. É o "trustee" detentor da propriedade formal – direito de uso e em certos casos de disposição, com sub-rogação no preço - o que não elide do beneficiário o direito real de gozo na forma estipulada pelo instituidor e o de seqüela[525].

Procuramos na doutrina brasileira conceituar o patrimônio. Renan Lotufo busca assento na lição de Clóvis Beviláqua que define o patrimônio como o 'complexo de relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico' e em Agostinho Alvim localiza três importantes elementos: o valor econômico, as relações jurídicas e a universalidade. Lembra Renan Lotufo que o patrimônio é composto pelo ativo e pelo passivo, esclarecendo que autores como Planiol e Clóvis, assim o conceberam, enquanto para outros como Ennecerus, sob o aspecto jurídico, somente o ativo o constituía[526].

---

524 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v.20, out./dez. 2004, p.46.
525 SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996, p.58-69.
526 LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de direito civil*: parte geral. Everaldo Cambler (Coord). 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v.1, p.177-78

O citado autor com base nas lições de Ascarelli que entende tratar-se de subespécie de negócio indireto aponta dois elementos básicos do negócio fiduciário, a transferência da propriedade e a existência de um pacto pela restituição da coisa ou destinação a certo fim - designado negócio fiduciário em sentido estrito; também reconhece a existência do negócio em que o descumprimento não gera sanção perfeita, sendo que a confiança é o seu cerne, o que denomina negócio fiduciário em sentido amplo, este seria o caso do "trust", como exemplifica o autor quanto à alienação onerosa a terceiro de boa fé dos bens sujeitos ao "trust"[527]-[528].

527 SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996, p.70-78.

528 Sobre o "trust" sugerimos a leitura de dois textos pela importância com que trata o assunto: GRUNDMANN, Dtefan. Trust and Treuhand at the end of the 20th Century, key problems and shift of interests. *The American Journal of Comparative* Law, v.XLVII, n.3, p.401-428, summer 1999; ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL. *What is a trust?* Chapter I. Recueil des Cours: collected courses of the Hague Academy of International Law. Boston/London: MNP, 1995.

## CONCLUSÃO

Partimos do estudo da fidúcia no direito romano para concluirmos que ao longo do tempo, esse instituto ganhou contornos diferentes. No direito romano o fiduciário tornava-se titular pleno da propriedade, possuía uma propriedade ilimitada, enquanto no antigo direito germânico havia uma condição resolutiva, que a condicionava. Já no antigo direito inglês surgiram o “mortgage” e o “trust”.

Quanto ao direito de propriedade analisamos sua evolução para constatarmos que não é mais um direito de concepção absoluta, como para os romanos, que também reconheciam algumas limitações, mas um direito constitucionalmente protegido e que desempenha uma função social, além de sofrer limitações. Dentre essas limitações escolhemos como tema desse trabalho a propriedade fiduciária.

Primeiramente, mostrou-se necessário diferenciarmos a simulação, o negócio indireto e o negócio fiduciário, traçando inclusive suas similitudes. Assim parece-nos que o negócio indireto distancia-se da simulação e forma uma disciplina diversa, segundo Ascarelli, através dum fenômeno sociológico e histórico, que consiste no uso de um determinado negócio para obter fins diversos dos que lhe são próprios. Há certa similitude entre aqueles, no propósito de alcançar um efeito jurídico por um meio não apropriado. A diferença reside no fato de que no negócio indireto aquilo que se aparenta é o querido pela parte e na simulação não é o desejado. Já o negócio fiduciário tem no elemento confiança um traço essencial a sua conotação. E o negócio simulado não passa de um negócio fingido, não existente, enquanto que o fiduciário é querido pelas partes e verdadeiro. O negócio simulado produz uma aparência, engana, enquanto no negócio fiduciário, se pretende suprir um ordenamento jurídico lacunoso. O negócio fiduciário também não se confunde com a propriedade fiduciária, por ausente nessa o elemento confiança. A confiança emana da lei.

Ao estudarmos a propriedade fiduciária entendemos que constitui um domínio resolúvel de coisa infungível que o devedor transfere ao credor até o pagamento do financiamento. Trata-se de um novo direito real de garantia, que possibilita ao credor a posse indireta do bem, objeto da garantia. Entendemos que qualquer pessoa, física ou jurídica, com capacidade para os atos da vida civil, pode alienar em garantia, desde que tenha o domínio da coisa ou que venha a tê-lo. Pode ser objeto de alienação fiduciária o imóvel concluído ou em construção. E nos termos do Código Civil a propriedade superveniente implica na transferência da propriedade fiduciária.

A consolidação da propriedade pelo credor é assegurada, no caso dos bens móveis, pela ação de busca e apreensão especial, e no caso dos imóveis pela reintegração de posse, com medida liminar, contra o devedor-fiduciante. O procedimento de busca e apreensão especial permite a apreensão liminar do bem, não tendo caráter cautelar, mas sim de medida satisfativa, que permite a execução da garantia. Quanto à execução do saldo remanescente, muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência, acerca da perda de liquidez do título, ao final da busca e apreensão, eis o grande problema. Ademais o devedor continua responsável pelo saldo remanescente. Assim entendemos que o credor terá direito ao desentranhamento do título para cobrança do eventual saldo pelo processo de cobrança ou pela monitória, mas não por meio de execução.

Com a reforma trazida pela lei n.11.382/2006 a adjudicação passou a ser a forma preferencial para a expropriação dos bens, pelo preço de avaliação. E a alienação particular também prefere a hasta pública. A referida lei extinguiu o instituto da remição, permitindo ao cônjuge, descendentes ou ascendentes do executado a adjudicação. Não há prazo para o exercício desse direito. Parece-nos que após o momento da avaliação será permitido seu exercício e que a alienação não poderá ter valor inferior ao da avaliação. Não havendo interesse nas duas primeiras hipóteses, proceder-se-á à alienação judicial, que será formada por duas praças ou dois leilões. Havendo as seguintes restrições quanto ao preço: (a) na primeira hasta, não poderá ser inferior á avaliação do bem e (b) na segunda não poderá ser alienado por preço considerado vil.

Parece-nos possível obstar a retomada do bem ante a propositura da ação de consignação de pagamento, desde que anterior a configuração da mora.

Dentre as questões controvertidas destacamos apenas três: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, a recuperação judicial e a inconstitucionalidade da prisão civil.

Concluímos que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de alienação fiduciária cujo objeto principal é, muitas vezes, o contrato de mútuo, considerando-se o fiduciante como consumidor e o proprietário fiduciário equiparado à figura de fornecedor.

Entendemos pela constitucionalidade do leilão extrajudicial e pela não aplicabilidade do art.53 do Código de Defesa do Consumidor, pois não há retenção do domínio do imóvel, por parte do credor fiduciário, que é obrigado a levar o bem a leilão

público e não há enriquecimento indevido, que é o fundamento do art. 53 do referido diploma legal. E o art.27 da Lei nº 9.514/97 favorece duplamente o devedor ao atribui-lhe o recebimento do excedente ao valor da dívida e ao perdoar eventual saldo remanescente.

Como vimos o deferimento do pedido de recuperação judicial e seu processamento acarretam uma série de medidas determinadas pelo juiz e dentre estas, a mais significativa consiste na suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias, o que também afeta as garantias fiduciárias. Tais bens não serão atingidos pelos efeitos da recuperação judicial, o que dificulta a recuperação da empresa, que pode ver-se privada de seu maquinário ao término do prazo de cento e oitenta dias.

Quanto à prisão civil, conforme notícia do Supremo Tribunal Federal de 13 de março de 2008, o ministro Celso de Mello, votou em sessão plenária, pela inconstitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, no julgamento dos Recursos Extraordinários REs ns. 349703 e 466343 e no Habeas Corpus - HC n.87585. Para o ministro "os tratados que versem sobre direitos humanos, e dos quais o Brasil seja signatário, integram o ordenamento jurídico como norma de caráter constitucional". Concluímos que confirmou-se a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II da CF/1988) sobre outras normas, incluindo a previsão da prisão do depositário infiel em alienação fiduciária. Foi o decidido em decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ao avaliarmos o instituto da propriedade fiduciária concluímos que representa um avanço. Ao atender as exigências do mercado financeiro, fomentando o acesso ao crédito pela garantia de sua proteção, certamente supriu uma lacuna, há muito sentida pelas entidades operadoras do mercado financeiro. Possibilitou o incremento da atividade econômica por se apresentar como instrumento hábil a facilitar a expansão creditícia, amparando os direitos do credor, mais eficazmente, sem, contudo obstar o uso da coisa pelo devedor.

# REFERÊNCIAS


ABRÃO, Carlos Henrique. Alienação fiduciária imobiliária. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 3, n.10, p.251-6, out./dez., 2000.

ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

AGHIARIAN, Hércules. Alienação fiduciária de imóveis em garantia: lei n. 9.514/1997. *Boletim de Doutrina ADCOAS*. Rio de Janeiro, ano 3, n.7, p.172-29, jul. 2000.

ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Da alienação fiduciária em garantia de bens móveis e imóveis*. 2.ed. Araras: Bestbook, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 10.ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v.I.
_____. *Direito Romano*. 6.ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.II.
_____. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
_____. Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro. In: CAHALI, Yussef Said. Contratos nominados. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: Millenium, 1998.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica; características. *Revista de Direito Privado.* São Paulo, ano1, n.2, p.147-76, abr./jun., 2000.
_____. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v.2.
_____. *Manual de direito processual civil*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, v.1

ARAGÃO, Paulo Cezar; BUMACHAR, Laura. A assembléia geral de credores na lei de recuperação e falências. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas – Lei n.11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Justino Magno; SARTORELLI, Renato Sandreshi. *Alienação fiduciária e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauro / São Paulo: EDIPRO, 2002

ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
_____. Antecipação da tutela. *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. *Ação de busca e apreensão*: alienação fiduciária. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ilegalidade da prisão civil por dívida, na alienação fiduciária em garantia, *IOB* Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n.23, p.455-461, dez./1993.
_____. *Prisão civil por dívida*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BARASSI, Lodovico. *La proprietà*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1939

BARRAGAT, Marcelo Rogério. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: vantagens e interações com outros institutos jurídicos. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, v.3, n.25, p. 1975-81, mar. 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 4.ed. rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
_____. In: *Código de processo civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord). São Paulo: Atlas, 2004
_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo de recuperação judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BERTASI, Maria Odete Duque. Administrador judicial – comitê e assembléia geral de credores na lei de recuperação de empresas e falências. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BESTA, Enrico. *Diriti sulle cose*: nella storia del diritto italiano. Padova: Cedam, 1933.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do Brasil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953, v.4.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel: exame crítico da lei n. 9.514, de 20.11.1997. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 93, n.819, p. 65-76, jan., 2004.
_____. *Jurisprudência da nova Lei de recuperação de empresas e falências*: decisões, ofícios judiciais, resoluções, sentenças, acórdãos, dentre outros documentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
_____. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1981.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti (Trad.), apresentação de Alaôr Caffé. 2.ed. rev. São Paulo: Bauru: Edipro, 2003.

BONFANTE, Pietro. *Istituzione de diritto romano*. 10.ed. Torino: G. Giappichelli, 1946.
_____. *Storia del diritto romano*. Milano: Società Ed. Libraria, 1923, v.I.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULGARELLI, Waldirio. A reforma da lei de falências e concordata. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 85, p.49-56, jan./mar. 1992.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos Contratos e Teoria Geral do Adimplemento Substancial. Renan Lotufo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Agostinho Alvim.

BUZAID, Alfredo. *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia*: Lei n. 4728, art.66. ACREFI, São Paulo, 1969.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no código civil brasileiro*: dissertação de concurso à cátedra de direito civil da faculdade de direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, [s.d].

CAMPOS, Diogo Leite de. Alienação em garantia. *Revista Doutrinária*, Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado, Rio de Janeiro, p.63-77, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Ellen Gracie Northfleet (tradutora) Porto Alegre: FABRIS, 2002.

CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I negozi fiduciari*: transferimento, cessione e girata a scopo di mandato e do garanzia. Processo fiduciario. Padova: CEDAM, 1933.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARVALHO DE MENDONÇA. Manuel Inácio. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*. 4.ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1951.

CASTRO FILHO. O novo perfil da adjudicação no Código de Processo Civil. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al (coords.). *Execução civil*: estudos em homenagem ao prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*: alienação fiduciária, cessão fiduciária, securitização, Decreto-lei n.911, de 1969; Lei n.8668, de 1993 e Lei n.9514, de 1997. 3.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Alienação fiduciária de bens imóveis: adequação da cláusula penal aos princípios do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano21, n.45, p.7-27, set./dez., 1998.

_____. Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 6, n.21, p.302-35, jul./set., 2003.

CHAVES, Luís Cláudio da Silva. Da alienação fiduciária em garantia. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte, v.6, p.213-23, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*: Lei n. 11. 101, de 9-2-2005, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Manual de Direito Comercial*. 16.ed. rev. e atual de acordo com a nova lei de falências. São Paulo: Saraiva, 2005

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

CORRÊA JUNIOR, Luiz Carlos de Azevedo. A alienação fiduciária em garantia e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, ano 24, v.178, p.9-17, set./out., 2000.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

COSTA, Antônio Cláudio Machado da. *Tutela antecipada*. 3.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*: fundamento, natureza e estrutura. Renan Lotufo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. Coleção Prof. Agostinho Alvim.

COSTA, Valestan Milhomem da. *A alienação fiduciária no financiamento imobiliário*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*: o direito romano e o direito civil brasileiro. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende; ROMITI, Mário Muller. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*: do direito das coisas (arts. 1390 a 1510). Arruda Alvim e Tereza Arruda Alvim Wambier (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, v.13, 2004.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Método, 2005.

DE CICCO, Maria Cristina. *Alienazione fiduciaria in garanzia*: il modelo brasiliano. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação fiduciária de bens imóveis (parecer) *Revista de Direito Imobiliário*, ano24, n.51, p.235-252, São Paulo, jul./dez., 2001.
_____. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
_____. *Instituições de direito processual civil*, 3.ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, v.2 e v.3.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro:* Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2004, v.4.
_____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
_____. *Código Civil Anotado*. 9.ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.
_____. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v.5.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v.2.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Os direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97. *AJURIS*: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXVI n.80, p.354-83, dez., 2000.

FACHIN, Luiz Eduardo. *Comentários ao Código Civil*: direito das coisas, Antônio Junqueira de Azevedo (coord), São Paulo: Saraiva, 2003.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia*: das bases romanas à Lei n.9514/97. São Paulo: Editora LTR, 1999.

FERRARA, Francesco. *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*. 5.ed. Roma: Athenaeum, 1922.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003

FERREIRA, Valdemar. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1951, v.5.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
_____ In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Novo código civil comentado*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*: de acordo com a Lei n. 9951/97. Rio de janeiro: AIDE, 2000.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *O novo regime jurídico dos contratos das incorporações e do Registro Imobiliário e da alienação fiduciária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. 6.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FUCCI, Paulo Eduardo. Aspectos da alienação fiduciária de coisa imóvel. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 87, v.753, p.80-83, jul., 1998.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga.*10.ed. trad. e glossário de Fernando de Aguiar. Lisboa: LCE, [s.d].

GAINO, Itamar. *A simulação nos negócios jurídicos*. Renan Lotufo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Prof. Agostinho Alvim.

GAIUS. *Institutas do jurisconsulto Gaio*. José Cretella Júnior e Agnes Cretella (Trad.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. Série RT Textos Fundamentais - 9.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. Renan Lotufo (coord.). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Prof. Agostinho Alvim.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Alienação fiduciária de coisa imóvel. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n.51, p.15-24, abr./jun., 2002.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 18.ed. atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
_____. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel*: sua projeção na alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONDINHO, André Osório. Contratos de alienação fiduciária e o código do consumidor. *Ajuris*: *Revista da associação dos Juízes do Rio Grande do Sul* (edição especial). Porto Alegre, n.2, p.666-77, mar., 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica. v.2, n.1, jan-jun 2006, São Paulo: *Revista GV*.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif francais. Paris*: Sirey, 1940, v. III.

JUSTINIANO I. *Institutas do imperador Justiniano*. tradução J. Cretella e Agnes Cretella, 2.ed. ampl. e rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

LACERDA, Nathanael Lima; DIAB, Walter. Alienação fiduciária – prisão civil – depositário infiel – Dl 911/69 – inconstitucionalidade pelo prisma da CF/69 e da CF/88. Revista Jurídica. ano 46, v.250, p.48-51, ago. 1998.

LEMOS, Walter Gustavo da Silva. A alienação fiduciária e sua comprovação perante terceiros. *Boletim de Doutrina ADCOAS*. São Paulo, v.7, n.14, p.270-1, jul., 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LÉVY, Jean Philippe. *Histoire de la propriété*. Paris: Presses Universitaires de France, n.36, 1972.

LIMA, Cláudio Vianna de. Alienação fiduciária de coisa móvel. *Revista Doutrinária*. Rio de Janeiro, n.2, p.45-49, 1999.

LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962.

LIPARI, Nicolo. *Negozio Fiduciario*. Milano: Giuffrè, 1971.

LOBO, Jorge. Direito da empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v.9, n.34, p. 17-38, 2006.

_____; In: TOLEDO, Paulo F. C. S. de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Caetano Levi. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al (coords.). *Execução civil*: estudos em homenagem ao prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*: de acordo com a lei n. 10.444/2002. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de direito civil*: parte geral. Everaldo Cambler (Coord). 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v.1.

LOUREIRO, José Eduardo. Alienação fiduciária de coisa imóvel. Homenagem a Biasi Ruggiero. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, n.63, p.86-95, junho, 2003.

MACEDO, Ricardo G. da Silva. Alienação fiduciária em garantia: o dl 911/69 em face da nova ordem constitucional vigente a partir de 1988. *Revista de Direito*. UNISC, Santa Cruz do Sul, n.16, p.97-107, jul./dez., 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.120, p.69-81, set. 2005.

MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
_____. Alterações da nova lei de falências e de recuperação das empresas. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n.83, ano XXV, p.121-126, set. 2005.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
_____. *As condições no direito civil*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MANCEBO, Rafael Chagas. *A função Social do Contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v.20, p35-63, out./dez. 2004.
_____. Contratos coligados no direito brasileiro. São Paulo, 2007, 278f. Tese de doutoramento – Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MARINONI, Luiz Guilherme. A reforma do Código de Processo Civil e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e de não fazer, *Revista Forense*, v.338, ano 93, p.137-147, abr./jun. 1997.
_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*: parte incontroversa da demanda. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
_____. *Antecipação da tutela*. 9.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil.* atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Editora Bookseller, 1997, v.2.

MARTORELI, Mariano Navarro. *La propiedad fiduciária*. Barcelona: BOSCH Casa Editorial, 1950.

MARZO, Salvatore di. *Istituzione di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1938.

MAZEAUD, Henri; Leon; Jean e CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. 8.ed., Paris: Montchrestien, v.III e v.X, 1994.

MELO, Cláudio Vieira de. A desnecessidade do registro do contrato de alienação fiduciária. *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos*. ITE, Bauru, n.27, p.449-52, dez./mar., 1999-2000.

MESSINA, Giuseppe. *Scritti Giuridice*: I Negozi Fiduciari. Milano: Dott. A Giuffrè, 1948, v.I.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*: codici e norme complementari. 9.ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1965, v.2.

MICHELLAZZO, Busa Mackenzie. *Da busca e apreensão na alienação fiduciária*: teoria, legislação, jurisprudência e prática. 3.ed. São Paulo: Lawbook, 2000.

MIRANDA, Darcy de Arruda; BORBA, José Hélio. O problema da execução do saldo devedor na alienação fiduciária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano.92, v.812, p.757-62, jun., 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral. 40.ed rev. e atual por Ana Cristina de Barros Monteiro de França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Civil:* direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf, de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, v.3, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil:* direito das obrigações 1ªparte. 32.ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf, de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, v.4, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil:* direito das obrigações 2ªparte. 35. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, v.5, 2007.

MOZOS, Jose Luis de los. El derecho de propriedad: crisis y retorno a la tradicion juridica. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. EDERSA, 1993.

MUNHOZ, Eduardo S. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NATOLI, Ugo. *Proprietá*: appunti delle lezione. 2.ed. Milano: Giuffre, 1980.

NEGRÃO, Theotonio; Gouvêa, José Roberto F. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 24.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
_____. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAES DE ALMEIDA, Amador. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a lei 11.101/2005. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PARENTONI, Leonardo Netto. Da alienação fiduciária de bem móvel como modalidade geral de garantia. *IOB* – Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n.7, v.III, p.220-212, abr. 2005.

PARIZATTO, João Roberto. *Alienação fiduciária*: doutrina, jurisprudência, prática forense. Minas Gerais: Edipa , 1998.

PEDROTTI, Irineu Antonio. *Arrendamento mercantil (leasing) e alienação fiduciária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: direitos reais. 19.ed. de acordo com o Código Civil de 2002, rev. e atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, v.4, 2005.
_____. *Instituições de Direito Civil*: Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito. 21.ed. de acordo com o Código Civil de 2002, rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 2006.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, v.2.

PERIN JUNIOR, Ecio. O administrador judicial e o comitê de credores no novo direito concursal brasileiro. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.188.

PLATÃO. *A República*: Livro VII. Apresentação e comentários de Bernard Piettre; Tradução de Elza Moreira Marcelina. Brasília: Editora da Universidade de Brasília; São Paulo: Ática, 1989.

PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*: parte especial. Direitos reais de garantia. hipoteca, penhor e anticrese. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t.XX.
_____. *Tratado de direito privado*: parte especial. Direitos reais de garantia. hipoteca, penhor e anticrese. 2.ed. Transmissões em garantia. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t.XXI

PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude da lei*. São Paulo: Freitas Bastos, 1958.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietá nel nuovo diritto*. Milano: Dott.A Giuffre, 1964.

RABELLO, José Geraldo de Jacobina. Alienação fiduciária em garantia. *Revista dos Tribunais*, n. 693, p. 77-92, ano 82, jul. 1993.

REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil*: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.
_____. *Lições Preliminares de Direito*. 27.ed., 6.tir., São Paulo: Saraiva, 2006.
_____. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17.ed. atual. por Rubens E. Requião. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1.
_____. *Curso de direito falimentar*. 14ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.2

RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária*: direitos e ações. Manual teórico e prático de jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

REYMOND, Claude. *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*. Lausane,1948.

RIOS, Arthur. A garantia fiduciária e seu efeito transformador dos contratos. *Jurisprudência Brasileira*: cível e comercial. Curitiba, n.187, p.9-17, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
_____. *Direito das coisas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 21, n.45, p.95-103, set./dez., 1998.

RODRIGUES. Décio Luiz José. Dos modos de aquisição da propriedade imóvel. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1981.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*: direito das coisas. 27. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1- 2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v.5.
_____ *Direito Civil*: parte geral. 32.ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v.1.
_____ *Direito Civil*: dos contratos e das obrigações unilaterais da vontade. 28.ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v.3.

ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*: elaborado nos termos da lei 11.101 de 09.02.2005; substitui a antiga lei falimentar (Decreto-lei 7661/45). São Paulo: Editora Ícone, 2005.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*: direitos de família. direitos reais e posse. 6.ed. trad. de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973, v.II.

SADDI, Jairo. Considerações sobre o comitê e a assembléia de credores na nova lei falimentar. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996.

SANTA MARIA, José Serpa. *Curso de direito civil*: direitos reais limitados. Continuação da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. Alienação fiduciária de coisa imóvel. *Revista Jurídica. Porto Alegre*, ano47, n.261, p.21-24, jul. 1999.

_____. Alienação fiduciária em garantia. *Revista Jurídica do CESUT*, Jataí, ano1, n.1, p.75-94, 1ºsem./2000.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A regulamentação da alienação fiduciária de imóveis em garantia. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, ano2, n.4, p.28-36, jan./abr., 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1981, v.1.

SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas – Lei n.11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Obrigações e contratos na falência*. 2.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public*: a travers les personnes, les biens, et la responsabilité civile. Paris: Pichon &Durand-Auzias, 1945, v.1.

SCATIGNA, Elizete Aparecida de Oliveira. Alienação fiduciária: 30 anos de decreto-lei n.911/69. *Revista Literária de Direito*. São Paulo, ano6, n.31, p.25-7, set./out., 1999.

SCIALOJA, Vittorio. *Teoria della proprietà nel diritto romano*. Spoleto: Are, 1933, v.I.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Luiz Augusto Beck da. *Alienação fiduciária em garantia*: história, generalidades, aspectos processuais, ações, questões controvertidas, legislação e jurisprudência do STF, STJ, TJ-RS, TA-RS, entre outros tribunais. 4.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Alienação fiduciária em garantia: bens já integrantes do patrimônio do financiado – constitucionalidade do Dec.-lei 911/69 frente à nova Carta. *RT*, ano 82, v.688, p.50-59, fev.1993.

SILVA. Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Marcos Andrey de. Comentários aos artigos 51 ao 54. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Raquel. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TÁCITO, Caio. Alienação fiduciária. Código de Defesa do Consumidor. Leilão. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.215, p.291-94, jan./mar., 1999.

TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 38.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1.
_____. Alguns aspectos processuais da nova lei de falências. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre. v.7. n.39. p. 33-49. jan./fev. 2006.
_____. *A Reforma da execução do Título Extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A empresa em crise no direito francês e americano*. São Paulo, 1987, 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
_____; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
_____. Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n.83, ano XXV, p. 98-106, set. 2005.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 39.ed. Padova: CEDAM, 1999.

TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ULPIANO. *Regras de Ulpiano*. introdução, texto, tradução e notas de Gaetano Sciascia. São Paulo: 1952. Resumo de Direito Romano.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v.1.

VARRONE, Claudio. *Il Transferimento della proprietà a scopo di garanzia*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1968.

VAZ, Ubirayr Ferreira. *Alienação fiduciária de coisa imóvel*: reflexos da lei n. 9514/97 no registro de imóveis. Porto Alegre: SAFE, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003, v.1.

VIANA, Marco Aurélio S. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.16.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnoldo. *Direito das Coisas*. 8.ed. rev. aum. e atual. de acordo com a Constituição de 1988 com a colab. Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Obrigações e contratos*. 16.ed. rev., ampl. e atual. pelo Prof. Semy Glanz. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005.
_____. Do regime legal de alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 24, n.51, p.253-79, jul./dez., 2001.

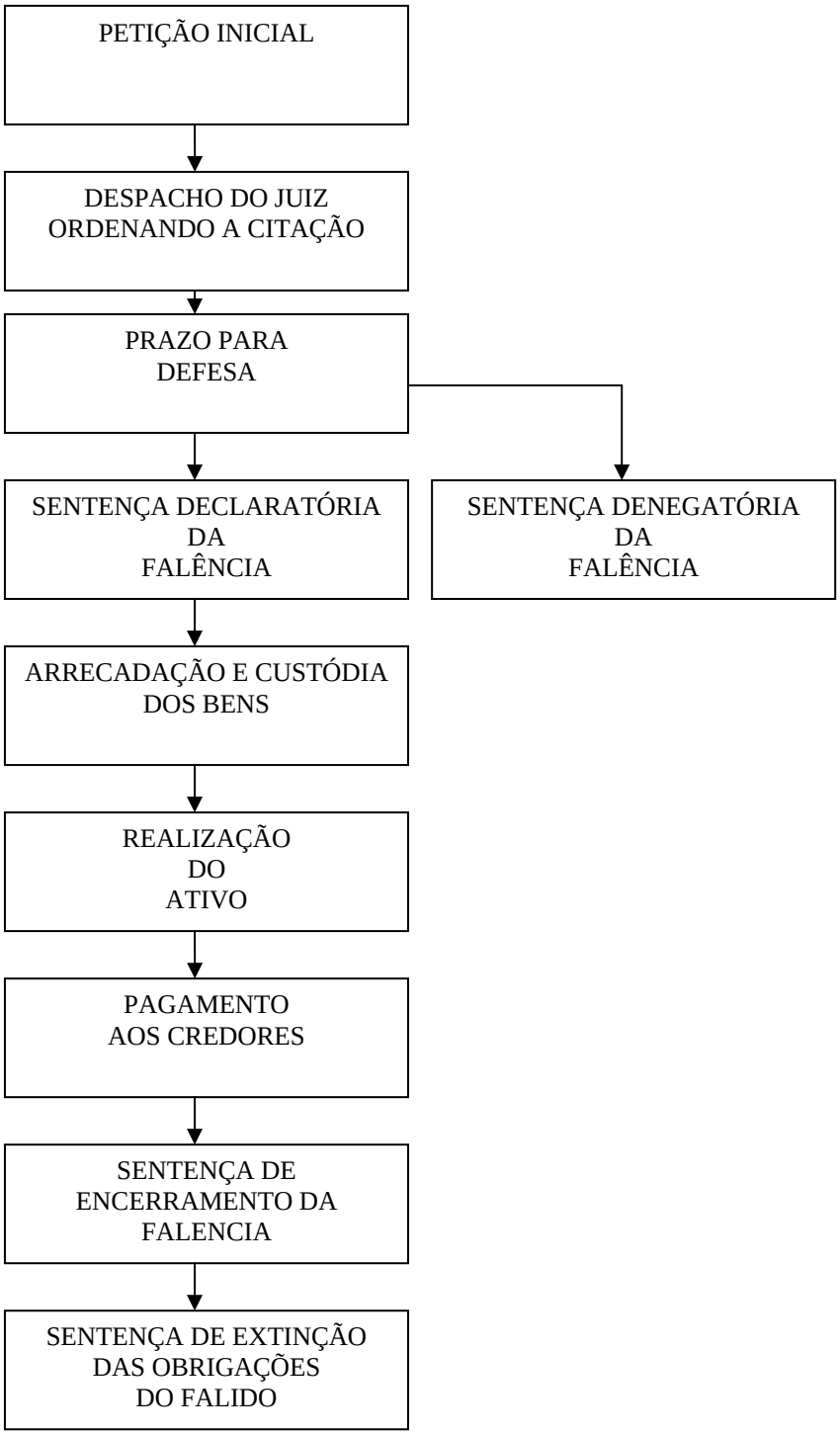
WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e apreensão na alienação fiduciária, *IOB* - Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, p.187-176, jul.1999.
_____. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento, 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461, CPC, *Revista de Direito de Consumidor*, n.19, p.77-101, jul./set. 1996.
_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. (coord.). *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
_____. *Da cognição no processo civil*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005.

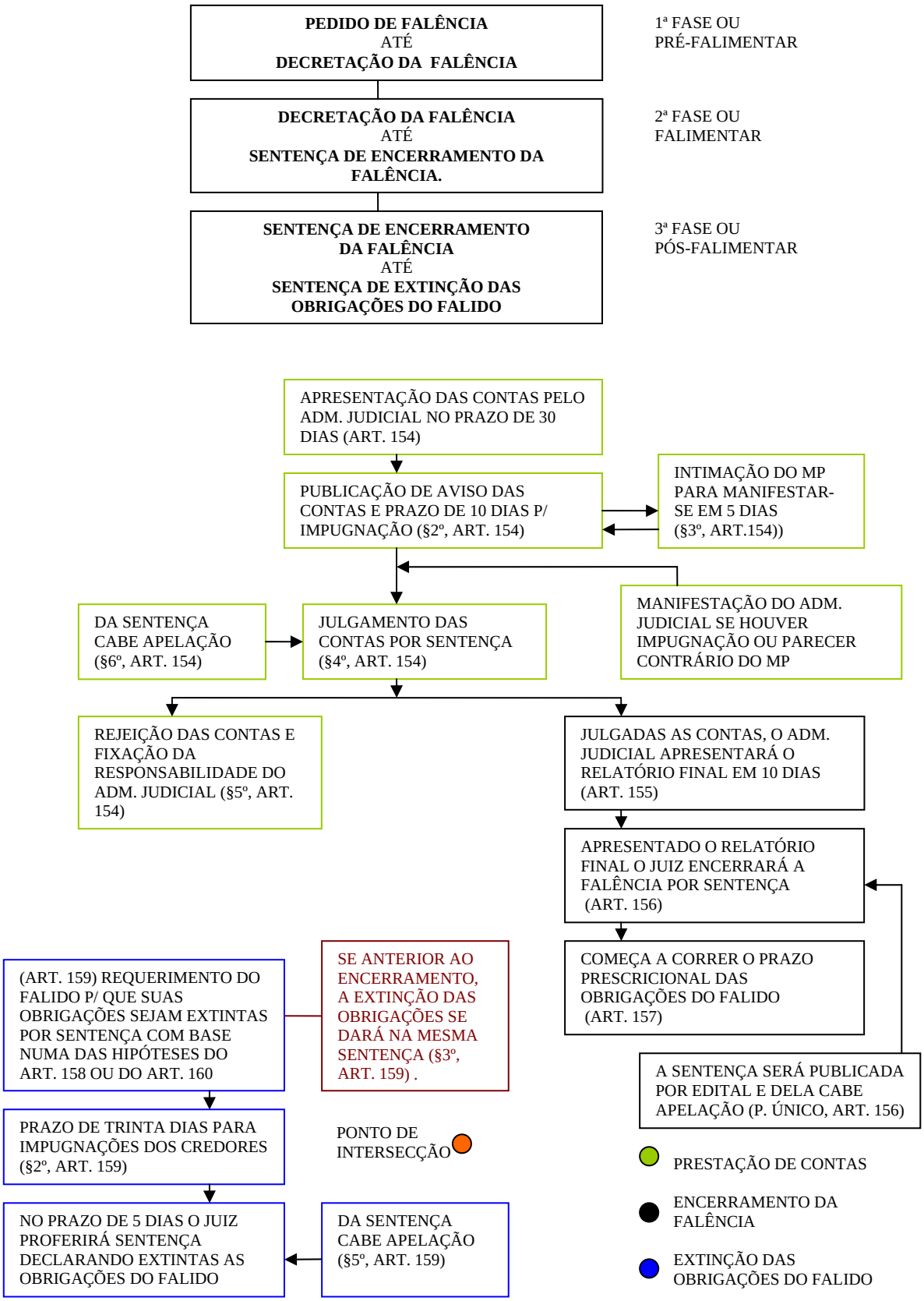
WITZ, Claude. *La fiduce en droit prive français*. Paris: Economica, 1981.

# APÊNDICES

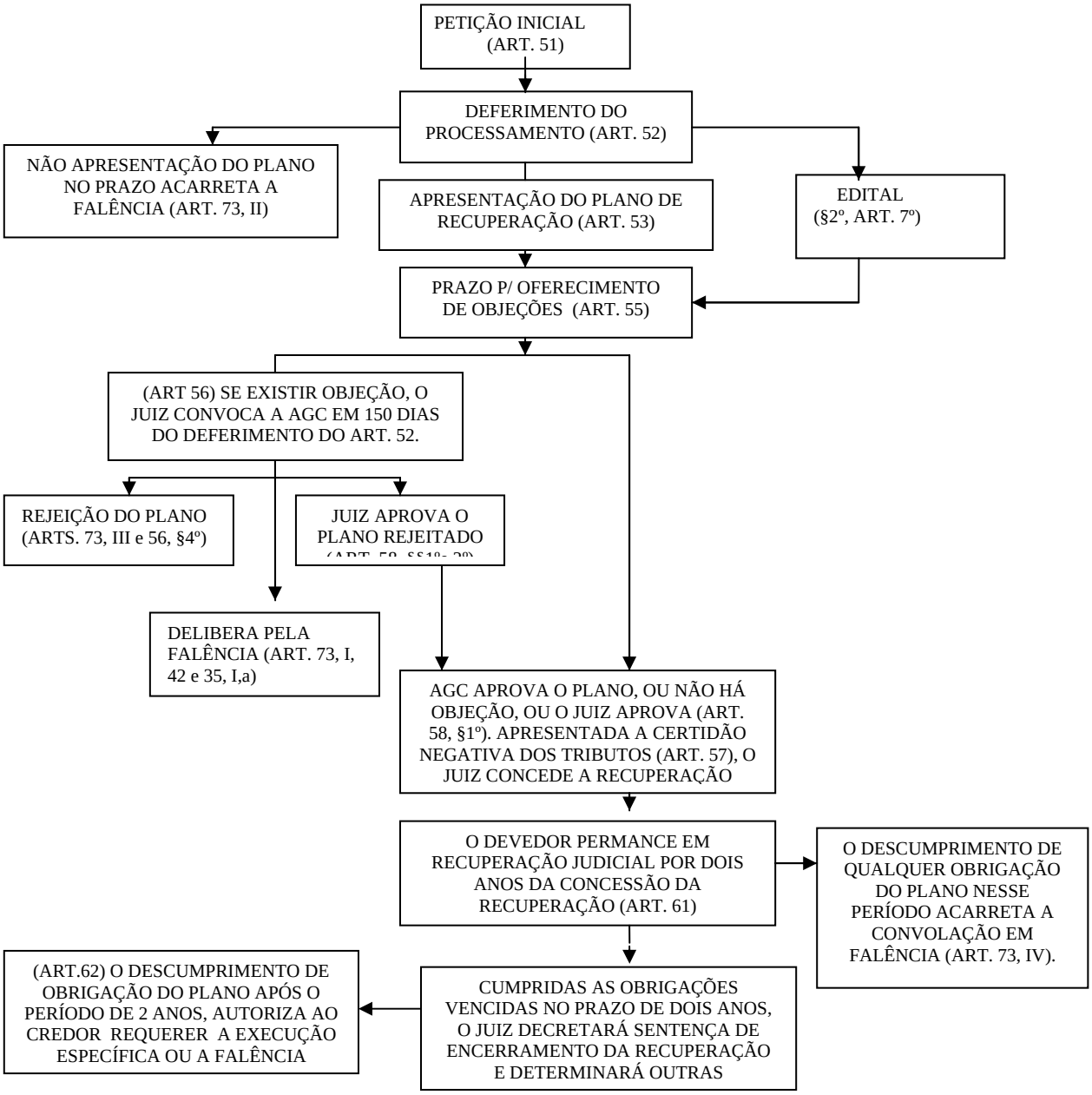
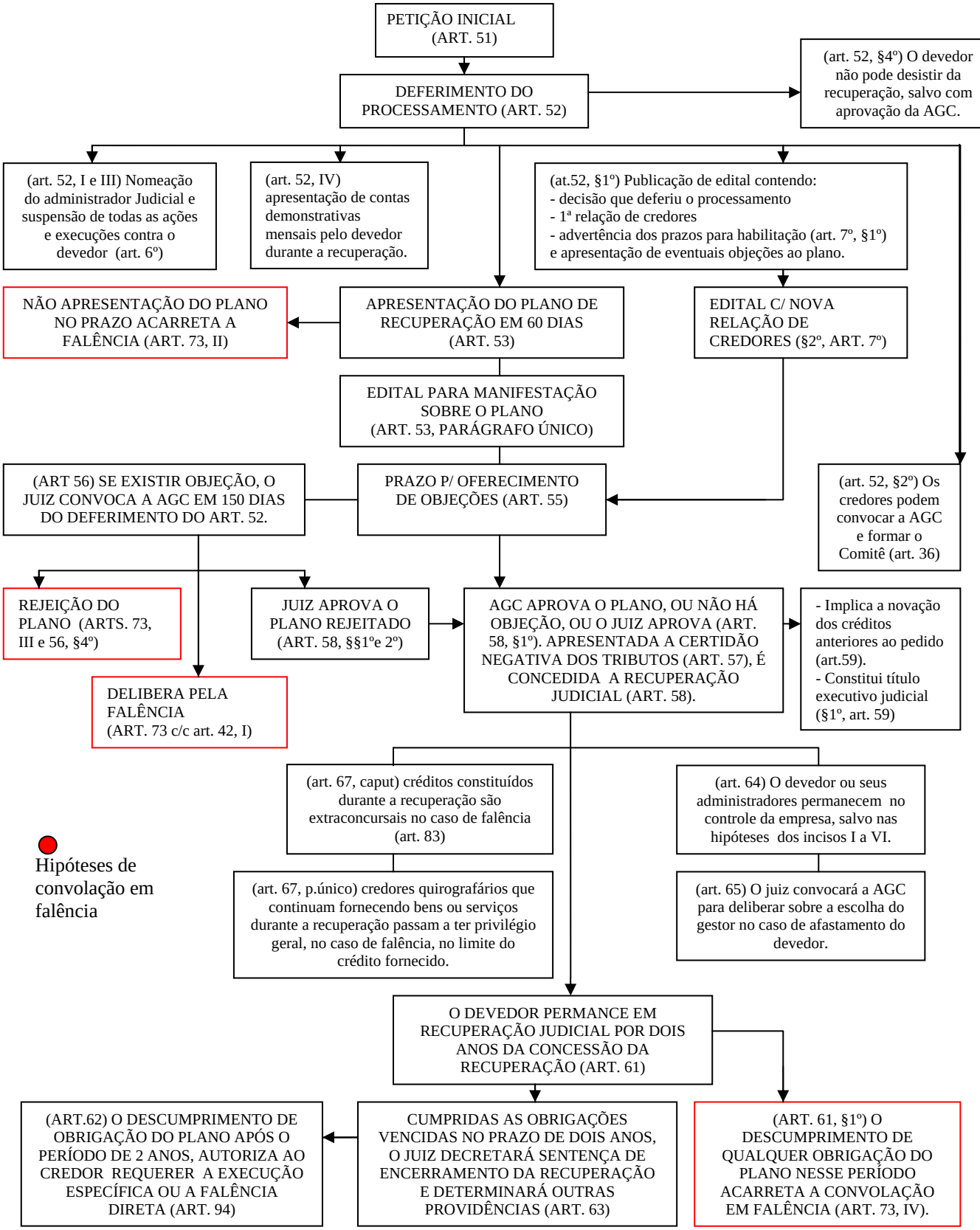
## A. PROCEDIMENTO DA FALÊNCIA



B. **DO ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA E DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇOES DO FALIDO**



## C. **PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - SIMPLIFICADO**



## D. PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - COMPLETO