

LIGEIRAS EXPLICAÇÕES SOBRE A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

J. C. SAMPAIO DE LACERDA

1 — MECANISMO

A Lei n. 4.728, de 14/7/1965, que disciplinou o mercado de capitais, ao admitir, entre nós, o instituto da alienação fiduciária não fixou o seu conceito. Apenas declarou como se processa o seu mecanismo. Sente-se, porém, que teve a lei em vista favorecer o crédito direto ao consumidor, possibilitando facilitar a aquisição de certos bens úteis à coletividade e, ao mesmo tempo, estimular a fabricação desses bens que, assim, encontravam mercado.

Duas foram, portanto, as intenções do legislador:

- 1) Estímulo à produção.
- 2) Facilidades à coletividade, com o desenvolvimento do mercado consumidor.

Por isso a alienação fiduciária, em princípio, deve sempre pressupor uma compra-e-venda, em que o vendedor — na impossibilidade de financiar diretamente, em face da conjuntura econômica — realiza a venda de certo bem móvel ao comprador, mediante o financiamento por parte de outrem. Pressupõe, pois, como se disse, uma compra-e-venda de coisa móvel e um financiamento ao comprador para que a possa adquirir. Desse modo, o financiador paga o preço da coisa ao vendedor, a fim de que o comprador a adquira. Parte-se, portanto, do princípio de que o comprador, pela venda, adquire a propriedade da coisa e, com o financiamento obtido, vincula-se ao financiador, obrigando-se a pagar a dívida contraída, em prestações. Em vez, portanto, de o vendedor efetuar, diretamente, a venda ao comprador mediante prestações mensais, ou mesmo através do pacto de reserva de domínio, recebe ele o preço total da coisa através do financiador. A venda direta pelo vendedor, quer a prestações, quer com reserva de domínio, não lhe permitia gozar das vantagens imediatas do valor em dinheiro da coisa vendida. Pelo sistema do financiamento, o vendedor, desde logo, pode aplicar o dinheiro recebido em inúmeras outras finalidades. O financiador, sim, dedicando-se a esse tipo de atividade, é que está em condições de arcar com esses encargos, tanto mais que auferirá outras vantagens daí decorrentes: juros, comissões, corre-

ção monetária. Paria garantia da operação realizada é que a lei instituiu a alienação fiduciária em garantia. Essa garantia decorre de que ao financiador (credor) é transferido o domínio da coisa móvel alienada (art. 66). A coisa móvel, portanto, propriedade que é do comprador, em consequência da compra-e-venda, é transferida ao credor como domínio resolúvel, isto é, um domínio temporário, não pleno, nem ilimitado, já que se resolve com o pagamento, pelo devedor, da totalidade da dívida. É também uma propriedade restrita, já que o credor (titular do domínio resolúvel) não pode ter a coisa como sua, de forma alguma, em face da lei que considera nula cláusula nesse sentido, mesmo que a dívida não tenha sido paga (art. 66, § 6). O domínio, portanto, que a lei confere ao credor é um domínio fictício que a ele é atribuído tão somente como garantia, para que possa, então, o credor — caso não seja paga a dívida — dispor da coisa para a venda a terceiros, mas nunca para que a mesma lhe possa ser adjudicada. Este domínio fiduciário considera-se transferido ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior, se o devedor ainda não for proprietário da coisa, objeto da alienação fiduciária (§ 2.º). Tal dispositivo explica possa ser a alienação fiduciária efetuada antes da realização da compra-e-venda, isto é, pode o comprador antes de adquirir a coisa, obter o financiamento através da alienação fiduciária, obrigando-se na forma da Lei n.º 4.728. Mesmo aí há o pressuposto de um contrato de compra-e-venda que virá a ser realizado. Não se trata, pois, de um empréstimo feito pelo financiador ao comprador com a entrega exclusiva do numerário necessário, desde que do instrumento deve constar a descrição da coisa e os elementos indispensáveis à sua identificação (art. 66, § 1.º, *d*). Desse modo, inadmissível será que a alienação fiduciária possa ter como causa qualquer outro contrato que não o de compra-e-venda. É, portanto, uma operação financeira que facilita a compra de coisas móveis, embora juridicamente — como financiamento que é — constitua um negócio jurídico especial, um *ius novum*, como disse ALCINO PINTO FALCÃO.

A compra-e-venda permanece, porém, perfeita, com obrigações recíprocas entre as partes, inclusive a responsabilidade por parte do vendedor em relação à coisa vendida, quer no que concerne aos vícios redibitórios, quer quanto à evicção. E a relação aí é entre o vendedor e o comprador, nada tendo que ver o financiador.

2 — PARTES NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Na alienação fiduciária, duas são as partes: credor e devedor, já que o vendedor, uma vez recebido o preço da coisa, que lhe fora entregue pelo financiador, nada mais terá que ver com as relações entre credor (financiador) e devedor (comprador).

Assim, temos:

1.º) *credor, adquirente ou fiduciário*, que, como salienta ORLANDO GOMES, é sempre reservado às sociedades de crédito e financiamento, devidamente autorizadas a funcionar pelas autoridades monetárias do país. (Ao

Banco Central compete exercer o controle de crédito sob todas as suas formas: art. 10, V, da Lei n.º 4.595, de 31/12/1964). Se a alienação fiduciária for realizada por outras pessoas, não terá a operação amparo na Lei n.º 4.728. É *credor*, por ser titular de um crédito. É *adquirente*, porque a ele se transfere o domínio, embora resolúvel, não em sua plenitude, por sofrer restrições. É *fiduciário*, por ser titular de uma garantia, resultante do domínio que tem sobre a coisa, podendo vendê-la a terceiros, se não paga a dívida, o que lhe permite obter a restituição do valor que empregou.

2.º) *devedor, alienante ou fiduciante* — É *devedor*, porque se obrigou a pagar certa dívida. É *alienante*, porque, sendo titular do domínio de uma coisa, a transfere ao credor, em garantia da dívida. É *fiduciante*, por ter dado em garantia ao financiador a coisa por ele comprada, para seu próprio uso.

3 — DIREITOS DO FIDUCIÁRIO

1.º) o de venda extrajudicial, no caso de inadimplemento ou mora por parte do devedor, independente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial (art. 2.º, § 3.º, da Lei 911, de 1-10-1969) e independentemente de leilão ou hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa no contrato (art. 66, § 4.º e artigo 2.º da Lei 911);

2.º) o direito de requerer a busca-e-apreensão contra o devedor ou terceiro, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor (art. 3.º da Lei 911);

3.º) o direito de ação de depósito — se o devedor não mais estiver com a coisa em seu poder, por que responde o devedor, equiparado que é ao depositário (art. 66 e art. 4.º da Lei n.º 911, c/c os arts. 366 a 370, tít. XII do Livro IV do Código de Processo Civil);

4.º) o direito de ação executiva para cobrar a dívida, inclusive os acessórios ou o saldo, se o preço da venda não for suficiente (art. 66, § 5.º), podendo penhorar tantos bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução (art. 5.º da Lei n.º 911);

5.º) o direito de considerar vencida a dívida, se não paga uma das prestações, independente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial (art. 2.º, § 3.º da Lei n.º 911).

4 — OBRIGAÇÕES DO FIDUCIÁRIO

1.º) restituir ao devedor o domínio da coisa, quando totalmente paga. Aliás, não há propriamente restituição. O domínio atribuído ao fiduciário resolve-se com o pagamento da dívida, automaticamente, bastando averbar no Registro de Títulos e Documentos a comprovação do pagamento. Entretanto, para melhor e mais simples solução, bastante será levar àquele Registro, declaração do fiduciário, de que a dívida já foi paga integralmente;

2.º) restituir o saldo apurado na venda, depois de satisfeitos o crédito e as despesas decorrentes da cobrança (art. 66, § 4.º).

5 — DIREITOS DO FIDUCIANTE

1.º) direito de reaver a coisa quando totalmente paga, direito esse que surge automaticamente pelo adimplemento. Se negado, tem direito à ação reivindicatória;

2.º) direito de purgar a mora se já pagou 40% do preço financiado (art. 3.º, § 1.º da Lei n.º 911);

3.º) direito de receber o saldo apurado na venda procedida pelo fiduciário (art. 66, § 4.º).

6 — OBRIGAÇÕES DO FIDUCIANTE

1.º) pagar pontualmente as prestações;

2.º) pagar o saldo devedor, no caso da venda com preço insuficiente para a dívida e acessórios (art. 66, § 5.º).

7 — BENS QUE PODEM SER OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Coisas móveis — Em princípio, pode ser objeto de alienação fiduciária qualquer coisa móvel, mas que seja durável, isto é, que não se acabe com o primeiro uso. Excluem-se, portanto, os bens consumíveis. Em geral, devem ser identificadas por sinais característicos, números de série de fabricação, marcas de fábrica, etc., tanto que devem constar do respectivo instrumento de contrato (art. 66, § 1.º, *d*). Embora possa parecer que a lei admite a possibilidade de alienação fiduciária de coisa móvel sem identificação (§ 3.º do art. 66), não é esse o sentido da lei, como pensa ORLANDO GOMES, para chamar de aberração. A lei expressamente diz que “se a coisa não se identificar por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário provar que a coisa em poder de terceiro, que se encontra na posse do devedor, é aquela a que se refere o instrumento do contrato” (art. 66, § 3.º).

Também podem ser objeto de alienação fiduciária o navio e a aeronave, que são coisas móveis registráveis (Registro Naval e Registro Aeronáutico), devendo o registro ser feito em nome do comprador, fiduciante, com a respectiva averbação ou inscrição do contrato de alienação fiduciária, que constitui verdadeiro ônus sobre a coisa. (*)

Será possível alienação fiduciária sobre títulos de crédito e títulos de valor, tais como notas promissórias e duplicatas? É totalmente desnecessária e inaplicável a alienação fiduciária em razão da natureza e características de autonomia e literalidade, além de se destinarem à circulação. Com relação às ações de sociedades anônimas, pela mesma razão, conquanto mais expli-

(*) v. “Alienação fiduciária e sua aplicação às aeronaves”, in *Curso de Direito Privado da Navegação*, vol. II — Direito aeronáutico, apêndice 3, pág. 237.

cável, já que a ação, além de título de crédito, é um título atributivo da qualidade de sócio, o que pressupõe possa o adquirente de ações ter em vista exclusivamente, essa última finalidade: a de ser acionista.

8 — FORMA

Deve ser o contrato feito por escrito: instrumento público ou particular (art. 66, § 1). O Registro não é requerido para a validade, nem é de eficácia para as partes. Serve para valer contra terceiros, pela sua publicidade. Decorre isso da própria lei que declara ser obrigatório o arquivamento (cópia ou microfilme) no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiro (1.º). Por isso o registro só torna válido o contrato para com terceiros. Perante as partes, a falta de registro não invalida o ato. Trata-se, como diz a lei, de arquivamento de cópia ou microfilme. Arquivamento mesmo e não transcrição, como já se disse. Fica a cópia ou o microfilme arquivado no registro. O registro não transcreve o documento em seus livros. Não tem sentido, porém, que a lei determine seja o registro o do domicílio do credor. Melhor teria determinado fosse no domicílio do devedor, em poder de quem está a coisa e que, por isso, aí terceiros poderão melhormente obter informações acerca da coisa, isto é, se está ou não ela onerada. É no domicílio do devedor que provavelmente mais interessa a publicidade, a fim de evitar seja ela objeto de qualquer contrato, sem conhecimento do interessado. Se feito no domicílio do credor, como diz a lei, em nada adiantará, porque se os domicílios forem diversos e distantes, haverá dificuldade em saber quem é o credor, se há credor e onde está domiciliado o credor. Assim, se alguém quiser comprar a coisa (lógico que isso ocorrerá onde ela se encontra, isto é, no domicílio do devedor), terá dificuldade o interessado em saber se há algum ônus sobre a coisa. O instrumento deve conter o total da dívida de sua estimativa, o local e a data do pagamento; a taxa de juros, comissões permitidas, e, eventualmente, a cláusula penal, e correção monetária com os índices aplicáveis (art. 66, § 1.º).

9 — TRANSFERÊNCIA DA POSSE E DA PROPRIEDADE E CONSEQÜÊNCIAS

Já vimos anteriormente como deva ser entendida a transferência da propriedade. Há, porém, que examinar o texto da lei ao declarar que a transferência do domínio não depende da tradição efetiva do bem. A lei não fugiu ao sistema de nosso direito de que a transferência das coisas móveis se dá pela tradição. Ali está expressamente dito: não depende da *tradição efetiva* (art. 66), o que importa em reconhecer que a tradição se dá simbolicamente, isto é, ela se dá mesmo sem a entrega da coisa.

Com relação à posse, o fiduciário ficará com a posse indireta, como diz a lei, e o fiduciante com a posse direta (art. 66), já que ele tem a coisa em seu poder para dela se servir. Essa posse do fiduciário se dá pelo *constituto possessório*, isto é, o transmitente conserva o bem como possuidor, com a posse direta.

10 — GARANTIAS

Além da garantia dada pela transferência do domínio resolúvel ao credor, nas condições antes vistas, pode haver outras garantias subsidiárias, que podem ser desnecessárias, dependendo da coisa objeto da garantia. Assim, pode o credor exigir fiador, como pode exigir caução de ações, ou de outros títulos de crédito: debêntures, obrigações do erário público, etc. Não compreendemos é que, em se tratando de operação financeira, introduzida como solução oportuna, em face das dificuldades e problemas que surgiam com o penhor e a hipoteca (para os navios e as aeronaves), possam ser exigidas novas garantias, além daquela decorrente da própria alienação fiduciária. Certo que, às vezes, podem ser úteis, dependendo da coisa, pois, na hipótese de venda pelo inadimplemento, o preço obtido venha a ser insuficiente para pagamento da dívida e acessórios. A admissibilidade dessas garantias subsidiárias não derivou da Lei n.º 4.728 e sim do Dec.-lei n.º 911, de 1969 que, no art. 6.º fala que o avalista, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do devedor, ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.

Por que falou a lei em aval? O aval é uma obrigação contraída por alguém estranho ao nexa cambial, o que pressupõe a existência de uma cambial ou título afim. Não há na lei qualquer exigência de que sejam emitidas notas promissórias correspondentes ao pagamento das prestações. Pelo contrário, tudo indica que não teve a lei essa intenção, porque, desse modo, considerava-se pago o financiador, que teria ação executiva contra quaisquer bens do devedor e estaria, assim, desnaturado o próprio instituto da alienação fiduciária. Qualquer exigência nesse sentido é extemporânea e sem nexa. Mas se houver tal exigência por parte da financiadora, de aval de terceiros, evidente que, em face da lei, o avalista ou o fiador, ou qualquer que venha a efetuar o pagamento, ficará sub-rogado nos direitos do fiduciário, inclusive o de não poder ficar com a coisa, mas só o direito de vendê-la a terceiros. (**)

(**) V. acórdão proferido pela 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, em 6-4-1972, de que fui relator, cuja ementa é a seguinte: "Alienação fiduciária. Interpretação dos textos legais que a regulam. Situação do credor perante o devedor. Improcedência de embargos de terceiro, em fase da penhora em ação executiva de bens adquiridos com alienação fiduciária. Atitude do credor na hipótese: ação executiva, concurso de credores, com observância dos privilégios legais". (D. Oficial — Parte III — Apenso ao n.º 128, de 10-7-1972, página 358).