

Alienação fiduciária em garantia prestada por terceiro

Luís Gustavo Franco¹

*Advogado da CAIXA no Distrito Federal
Mestre em Direito pela Universidade Federal
de Santa Catarina*

RESUMO

Este artigo tem por objetivo demonstrar a possibilidade jurídica da prestação de garantia real fiduciária por terceiro, considerando o teor da legislação pátria e contrapondo alguns argumentos dispostos em decisões judiciais que enfrentaram a questão. Para tanto, estruturamos o artigo contemplando a análise: i) da exigência de garantias nas operações bancárias; ii) do instituto da “alienação fiduciária em garantia” no sistema de garantias; iii) das previsões legais sobre o instituto no ordenamento jurídico brasileiro; e iv) dos precedentes jurisprudenciais sobre o assunto nos tribunais superiores; finalmente concluindo pela possibilidade jurídica de uso do instituto como lícito recurso a garantir negócios jurídicos em geral, ainda quando prestado por terceiro que não o devedor principal.

Palavras-chave: Garantias. Alienação fiduciária em garantia. Prestação por terceiro. Possibilidade jurídica.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the legal possibility of providing real fiduciary guarantees by a third party, considering the content of the Brazilian law and contrasting some arguments reported in court decisions that addressed the question. Therefore, we organized the article covering the analysis of: i) the requirement of warranties in the banking business; ii) the institution of the “fiduciary transfer in guarantee” in the system of warranties; iii) the legal provisions about the institute in Brazilian legal system; and iv) the legal precedents on the subject in the higher courts; finally concluding by the legal possibility to use the institute as lawful action to ensure legal transactions in general, even when provided by a third party, different of the main debtor.

¹ A análise e conclusões deste estudo são de minha pessoal e exclusiva responsabilidade, não representando necessariamente a opinião da empresa em que trabalho a respeito deste assunto.

Keywords: Warranties. Fiduciary transfer in guarantee.²
Third party offer. Legal possibility.

Introdução

Em recente palestra sobre *project finance*, que o ministrante do curso singelamente definiu como uma modalidade de financiamento ligado à exploração de um projeto específico, cuja fonte primária de pagamento será baseada na capacidade de geração de receita de tal projeto (ao contrário do patrimônio do empreendedor), dissentimos do entendimento exposto como a interpretação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de prestação de alienação fiduciária em garantia por terceiro.

Ao tratar das garantias comumente utilizadas nesses financiamentos de projetos, mais especificamente da alienação fiduciária, assim como da jurisprudência correlata ao tema, o palestrante referiu a existência de um julgado, o Recurso Especial 866300 do Superior Tribunal de Justiça, em que se firmou o entendimento de que o artigo 66 da Lei 4.728/65 não admite que terceiro interveniente desse em alienação fiduciária bem de sua propriedade, faculdade que ficava restrita ao próprio devedor.

A toda evidência, a conclusão jurisprudencial referida pareceu-me prontamente equivocada do ponto de vista técnico, certo que estava de já ter enfrentado a questão e ter entendido pela plena possibilidade legal e jurídica de que terceiro intervenisse em determinado negócio jurídico a título de garantidor por meio do instituto da alienação fiduciária.

A recuperação dos estudos então efetuados, em cotejo com os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento dos casos adiante aventados, resulta no presente artigo, que visa demonstrar a incorreção da interpretação dada pelo egrégio tribunal nos pronunciamentos até o presente verificados e servir de subsídio aos colegas que vierem a rediscutir a questão no Poder Judiciário.

² The Brazilian legal institute combines elements of trust receipt, chattel mortgage and mortgage of realty, it's possible for movable or immovable property (with different legal frameworks), but in any situation effectively transfers the property in case of default, without equity of redemption or right to / action for foreclosure.

1 Considerações acerca da exigência de garantias em operações bancárias

De início, impõe-se referir que o cliente bancário é instado à procura de crédito justamente pela insuficiência momentânea de meios materiais para realizar o seu intento. Uma parcela desses clientes dispõe de patrimônio a ofertar como garantia do negócio bancário. Mas é circunstância absolutamente corriqueira da vida negocial e da atividade bancária que terceiro intervenha como prestador de garantia.

A exigência de garantia é condição que satisfaz os níveis de risco de operação que as instituições financeiras podem correr, sem afetar a higidez de suas carteiras e promover perdas de capital. O Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução nº 3.258, de 28/01/2005, deu nova redação ao item IX da Resolução nº 1.559, de 02/12/1988, estabelecendo que: "IX - É vedado às instituições financeiras: a) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos" (grifo nosso).

Há muitas operações bancárias de garantia *clean* (ou sem garantia, como – por exemplo – as operações de adiantamento), cuja apreciação se dá somente em termos de risco: não extrapolar um determinado percentual de operações contratadas da mesma forma; não comprometer mais de um determinado percentual de carteira com o mesmo tomador; ou com um tomador com determinado nível de comprometimento junto a outras instituições do sistema financeiro etc.

A norma regulamentar, eminentemente aberta e principiológica, nos conduz à conclusão de que não existe vedação taxativa à contratação de operação sem garantia, o que serve, quando menos, como autorização indireta para esse tipo de contratação, em atenção à peculiaridade de determinados produtos ou operações.

Ocorre que a constituição de garantias suficientes pela instituição financeira em relação aos tomadores pode transcender a simples exigência de boa prática administrativa (esta, sim, exigida pelo órgão regulamentador), erigindo-se – em um contexto mais amplo – em verdadeiro cumprimento de imposição legal. Nesse sentido, tanto pode ser invocado o artigo 4º, parágrafo único da Lei 7.492/86 (gestão temerária de instituição financeira) como o artigo 10, inciso VI da Lei 8.492/92 (realizar operação financeira sem observância de normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea), quando se tratar de instituições financeiras públicas.

A concessão responsável do crédito pressupõe a existência de meios hábeis ao efetivo ressarcimento da dívida eventualmente inadimplida, o que reverte inclusive em benefício dos usuários do crédito e do sistema financeiro, como um todo, pela prática de menores taxas de juros. Entretanto, isso só se implementa na medida em que se reconhecem uma engenharia e uma funcionalidade adequadas ao instituto jurídico, de modo que lhe permita cumprir o seu escopo e realizar a promessa do retorno do crédito emprestado.

Nesse contexto, a alienação fiduciária implica inquestionáveis benefícios de celeridade, segurança, menor onerosidade, certeza e maior eficiência na recuperação do crédito, quando comparada a outras garantias. Restringir ou limitar sua ampla utilização como mecanismo de prestação de garantia não só nega a consecução dos objetivos em face dos quais foi engendrada (diferentemente do que enunciam os julgados que adiante analisaremos), como viola frontalmente os dispositivos legais aplicáveis à espécie, além de aumentar o custo dos empréstimos no país.

Por fim, há de se considerar que a posição de desequilíbrio contratual nas operações bancárias é relativamente dinâmica. Inicialmente, a hipossuficiência toca ao devedor, que, premido pela necessidade ou urgência do crédito, sujeita-se aos termos exigidos para a operação pela instituição financeira.³ Posteriormente, a hipossuficiência toca ao credor, que, já prejudicado pela inadimplência e ante uma disseminada simpatia coletiva pela figura do “pobre” devedor, fica significativamente dificultado ou mesmo tolhido de reaver o que é o seu por direito.

2 Considerações sobre o instituto jurídico da alienação fiduciária em garantia no contexto do sistema de garantias

As garantias historicamente existentes antes da concepção da alienação fiduciária em garantia, notadamente a hipoteca em operações imobiliárias, eram de execução lenta, onerosa e complicada, submetendo-se a longas discussões e procedimentos judiciais, ademais de nem sempre oferecer o privilégio garantidor de preferência sobre outros créditos, como os trabalhistas e fiscais. Res-

³ A esse respeito, vide Franco (2014), em que abordamos como a padronização de cláusulas responde a exigências práticas da formação dos contratos bancários, de celeridade na concessão do crédito e de segurança em relação à produção de efeitos e eventual necessidade de execução.

taram, pois, esvaziadas e insubsistentes para o precípua fim da garantia: efetivo retorno do crédito emprestado.

A ampliação do uso da garantia de alienação fiduciária para operações de natureza comercial originou a tese do “desvirtuamento do instituto”. Nas operações imobiliárias (financiamento para aquisição de imóvel para fins habitacionais), os atuais questionamentos eram inconcebíveis, por motivos vários: 1º) se financia a aquisição de um bem que será utilizado consoante sua destinação “lógica” ou “natural” (moradia); 2º) a impenhorabilidade do bem é inoponível à cobrança do crédito concedido para sua aquisição, por força de lei; 3º) desnecessidade de discussão quanto a elementos estranhos à natureza do negócio que podem ser opostos quando o bem se presta para garantia de operação diversa.

Sobre este último aspecto, assumem relevo os casos de: I) empréstimos concedidos para aumentar o capital de giro de pessoas jurídicas de que são sócios os eventuais proprietários garantidores, que impõem benefício de ordem na execução (primeiro os bens da empresa, residualmente os dos sócios); II) a referida questão da impenhorabilidade do bem de família (coito do direito fundamental à habitação em face do valor eminentemente patrimonial do direito de crédito, ainda que a tutela executiva seja igualmente um direito fundamental – de acesso à justiça – do credor lesado, tanto mais quando não reconhecemos a preservação do valor moral da “dignidade da pessoa humana” em um “sujeito de direitos (e deveres)” que não honra suas obrigações); III) a necessidade da difícil comprovação em concreto da efetiva reversão do empréstimo em proveito da entidade familiar; entre outros.

Ocorre que mesmo nesses casos a jurisprudência soube se posicionar e construir teses que evitam a distorção de conceitos, a criação de subterfúgios ou condicionantes de execução e outros complicadores que de certo modo blindavam o devedor, inclusive quando não de boa-fé.

Nesse sentido, podemos citar alguns precedentes, a título de ilustração:

CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. OFERECIMENTO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. BENEFÍCIO DA ENTIDADE FAMILIAR. RENÚNCIA À IMPENHORABILIDADE.

1. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar. Precedentes.

2. A comunidade formada pelos pais e seus descendentes se enquadra no conceito legal de entidade familiar, inclusive para os fins da Lei nº 8.009/90.

3. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé insita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível, esvaziando-a por completo.

4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1141732/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 09/11/2010, DJe 22/11/2010)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. ART. 1º DA LEI 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E MÁ-FÉ DO PROPRIETÁRIO, QUE OFERTOU O BEM EM GARANTIA PARA INGRESSO NO REFIS. INADIMPLÊNCIA DO PARCELAMENTO. EXCLUSÃO. EXECUÇÃO DA GARANTIA. PENHORA. INAPLICABILIDADE DA REGRA PROTETIVA.

1. Resume-se a controvérsia em definir se o bem de família, ofertado como garantia para ingresso no REFIS, pode ser penhorado quando o contribuinte é excluído do parcelamento fiscal por inadimplência.

2. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada.

3. Trata-se, todavia, de situação peculiar, que não se amolda à jurisprudência pacificada. Os proprietários do bem de família, de maneira fraudulenta e com abuso do direito de propriedade e manifesta violação da boa-fé objetiva, obtiveram autorização para ingresso no REFIS ao ofertar, em garantia, bem sabidamente impenhorável, conduta agravada pelo fato de serem reincidentes, pois o bem, em momento anterior, já havia sido dado em hipoteca como garantia de empréstimo bancário.

4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário conduzem à ineficácia da norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.

5. A boa-fé do devedor é determinante para que se possa socorrer da regra protetiva do art. 1º da Lei 8.009/90, devendo ser reprimidos quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores, de obter benefício

indevido ou de retardar o trâmite do processo de cobrança.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1200112/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 07/08/2012, DJe 21/08/2012)

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - IMÓVEL RURAL - PENHORABILIDADE - POSSIBILIDADE, IN CASU - ACÓRDÃO ESTADUAL EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR - RECURSO IMPROVIDO.

Não é bem impenhorável o imóvel rural onde reside o devedor e que retorna ao patrimônio deste por força do reconhecimento de fraude à execução na hipótese em que reconhecida a má-fé do executado, pois, conforme entendimento do STJ, a boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança.

(AgRg nos EDcl no REsp 1185711/RO, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 02/10/2012, DJe 15/10/2012)

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUÉIS. DOAÇÃO DE IMÓVEL EM FRAUDE DE EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AFASTAMENTO DA PROTEÇÃO. POSSIBILIDADE. FRAUDE QUE INDICA ABUSO DE DIREITO. ART. ANALISADO: 1º, LEI 8.009/90.

1. Embargos de terceiro distribuídos em 12/04/2010, do qual [sic] foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 22/04/2013.

2. Discute-se se a doação realizada ao menor impúbere, do único imóvel onde reside a família, dias depois de intimados os devedores para pagar quantia certa, em cumprimento de sentença, configura fraude de execução e afasta a natureza impenhorável do bem transferido.

3. A exegese sistemática da Lei nº 8.009/90 evidencia nítida preocupação do legislador no sentido de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para viabilizar a aquisição, melhoramento, uso, gozo e/ou disposição do bem de família sem nenhuma contrapartida, à custa de terceiros.

4. Sob essa ótica, é preciso considerar que, em regra, o devedor que aliena, gratuita ou onerosamente, o único imóvel, onde reside com a família, está, ao mesmo tempo, dispondo daquela proteção legal, na medida em que seu comportamento evidencia que o bem não lhe serve mais à moradia ou subsistência.

5. Na espécie, as circunstâncias em que realizada a doação do imóvel estão a revelar que os devedores, a todo custo, tentam ocultar o bem e proteger o seu patrimônio, sacrificando o direito do credor, assim, portanto, obrando, não apenas em fraude de execução,

mas também - e sobretudo - com fraude aos dispositivos da própria Lei 8.009/90.

6. Nessas hipóteses, é possível, com fundamento em abuso de direito, reconhecer a fraude de execução e afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90.

7. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 1364509/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 10/06/2014, DJe 17/06/2014)

Esses julgados ocorrem com mais frequência quando se perquire somente a respeito da entidade familiar. Ainda não existe uma cultura jurisprudencial de estender esse tratamento aos casos em que o bem seja dado em garantia de empresa familiar ou de familiar que atue como terceiro garante em benefício de parente sócio de pessoa jurídica, muito embora o raciocínio e a tese sejam as mesmas: da ficção da personalidade jurídica da empresa não decorre que o proveito não seja (ao menos indiretamente) auferido pela entidade familiar, assim como se deve conferir maior peso relativo à autonomia da vontade quando o tomador ou garante, cientes de estarem oferecendo seu único bem em garantia, resolvem fazê-lo mesmo assim.

Isso porque, ao falarmos da alienação fiduciária em garantia, temos aqui uma alternativa conferida ao proprietário, a de não ter de desfazer-se de imediato do seu patrimônio para se capitalizar (via de regra, em condições desvantajosas, dada a premência e a necessidade de obtenção de crédito, e assim porque a operação incorre em custos extraordinários, como imposto de transmissão), podendo manter o bem e reavê-lo integralmente pelo adimplemento da garantida obrigação.

Esse, portanto, parece ser um norte a ser construído na interpretação jurisprudencial do instituto da alienação fiduciária em garantia, por dois motivos complementares de ordem absolutamente pragmática.

O primeiro é de não ensejar um “desvirtuamento do sistema”, uma vez que em outros institutos jurídicos de garantia se reconhece expressamente a possibilidade de prestação por terceiro, sem qualquer ofensa ao conceito ou à natureza, quando não à própria substância do instituto, como segue:

PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. EXECUÇÃO. CONTRATO DE “VENDOR”. EXECUTORIEDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ESCRITURA PÚBLICA DE PRESTAÇÃO DE GARANTIA REAL. HIPOTECA. VINCULAÇÃO COM AS DÍVIDAS EXECUTADAS. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ.

1. Não se conhece de recurso especial que objetiva afastar a executoriedade de contratos de “vendor” se o

tribunal de origem, após analisar os termos e condições de cada um dos documentos que embasam a execução, inclusive as escrituras públicas de constituição de garantia real, entendeu presentes os requisitos exigidos pelo art. 585 CPC para considerá-los títulos executivos.

2. Hipótese em que, para alterar esse entendimento, seria necessário reinterpretar cláusulas contratuais livremente pactuadas e promover nova apreciação dos fatos da causa. Incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

3. Ademais, a operação bancária denominada “vender” materializa-se em contratos das mais variadas formas, sendo incorreto afirmar, a priori e indistintamente, que não ostentam estes a condição de títulos executivos. No caso, os contratos apresentam valores fixos e determinados e foram assinados pela própria devedora, não havendo dúvida quanto à executoriedade daqueles documentos.

4. O direito brasileiro admite a constituição de hipoteca para garantia de dívida futura ou condicional, própria ou de terceiros, bastando que seja determinado o valor máximo do crédito a ser garantido.

5. Recursos especiais a que se nega provimento. (REsp 1190361/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, j. 07/04/2011, DJe 25/08/2011)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, INCISO III, “A” DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. FIANÇA BANCÁRIA PRESTADA PELO BANCO-DEVEDOR. INCABÍVEL. ARTIGOS 9º, II, DA LEI N. 6.830/80, 1.481 DO CÓDIGO CIVIL E 109 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

No âmbito do Direito Tributário, faculta-se ao executado oferecer fiança bancária em garantia da execução fiscal (art. 9º, II, da Lei n. 6.830/80).

A fiança civil e a fiança bancária são institutos de mesma natureza.

Com efeito, “a fiança bancária não sofre quaisquer desvios ao regime geral, devendo, como aquela, ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal” (cf. Matias, Armindo Saraiva, “Garantias bancárias”, in Revista de Direito Mercantil, n. 107, Malheiros, São Paulo, julho-setembro/1997, p. 13).

Dessarte, a natureza do instituto da fiança pressupõe que ela seja ofertada por terceiro, porquanto ela se destina a assegurar o cumprimento de obrigação de outrem. A fiança bancária, nesse sentido, pressupõe três pessoas distintas: o credor, o devedor-afiançado, ou executado, e o banco-fiador, ou garante.

Incabível, portanto, a prestação de fiança bancária, para garantia do processo de execução fiscal, pelo próprio banco devedor, in casu, a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

Recurso especial não conhecido.
(REsp 183648/SP, Rel. Min. Franciulli Neto, 2ª Turma, j. 26/03/2002, DJ 01/07/2002, p. 277, grifo nosso)

O segundo é a efetividade do sistema de garantias. Interessa aos destinatários da norma, tanto credores, como devedores e garantes, que se produza um sistema eficiente. Pode haver, inclusive, a redução da quantidade de institutos hoje existentes (alguns estão em notório desuso), desde que os remanescentes preservem a funcionalidade das garantias.

Via de regra, a segurança jurídica nas relações contratuais é um vetor subdimensionado no contexto do discurso da “função social” dos institutos, e não nos parece haver função social maior do próprio ordenamento jurídico, sistemicamente considerado, do que a de apaziguar os possíveis conflitos inerentes às relações sociais.

Assim, também, a própria formação do contrato importa o cumprimento de uma relevante função social, qual seja, a de juridicamente permitir às partes a circulação de bens, riquezas e serviços (tema sobre o qual há inúmeros clássicos da economia) e a vinculação a direitos e obrigações de acordo com e nos exatos termos da livre e autônoma manifestação de vontades (inclusive por possíveis interesses subjacentes os mais variados).

A função social é um conceito jurídico indeterminado que dá azo a uma plêiade de considerações. Qual seria a função social da alienação fiduciária em garantia? Existiria uma única função social possível? O que se entende por “alienação fiduciária desnaturada de sua função social”? Quer-nos parecer que a função social da alienação fiduciária se cumpre tanto quando ela viabiliza a aquisição do bem reversamente dado em garantia como quando serve de garantia pura em contrato de terceiro, pois na complexidade das relações sociais pode haver outros interesses subjacentes e relevantes a ensejar a composição do negócio por esse modo (tais como: o garante não tem mais interesse significativo no bem que oferta em garantia; o garante tem crédito maior/melhor contra o garantido e não pretende solver a dívida para se sub-rogar no crédito imediatamente, preferindo exercer essa prerrogativa em um segundo momento; possibilidade de ganho compartilhado em negócio de ocasião, caso o garantido não detenha mais capacidade de endividamento; conhecimento de que a dificuldade do garantido é momentânea, em virtude de crédito que em breve terá a receber e que pode servir como contragarantia; ciência de que a falta de oportuno socorro pode ensejar o vencimento antecipado de contratos para os quais não há interesse em promover a execução – como de projeto que ainda não entrou

na fase de retorno do investimento; inconveniência da eventual necessidade de ajuizamento de demandas e custos correlatos; possibilidade de o garantido ser levado à falência ou recuperação judicial; e outros motivos de ordem pessoal, moral ou até a mera existência de afeto, como nos casos do/a cônjuge que paga a dívida do/a consorte ou dos pais que garantem as obrigações dos filhos, muito comum nos casos de fiança locatícia, adiante exemplificado).

Há casos em que a jurisprudência já logrou a construção desse entendimento, como na fiança em contratos locatícios e na aprovação do plano de recuperação judicial.

DIREITO CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. LOCAÇÃO. FIANÇA. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE. GARANTIA OFERTADA EM FAVOR DA FAMÍLIA. DESNECESSIDADE. FIADOR QUE INTEGRAVA O QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA AFIANÇADA. RETIRADA POSTERIOR. AÇÃO DE EXONERAÇÃO. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA OBRIGAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento no sentido de ser possível a penhora de bem de família como forma de garantir a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, nos termos do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, incluído pela Lei 8.245/91, que, por sua vez, não faz nenhum tipo de restrição à origem da fiança, se em favor da própria família ou de terceiros.

2. O art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 visa facilitar a concretização dos negócios locatícios, possibilitando que também os proprietários de um único imóvel sejam aceitos como fiadores. Destarte, limitar sua aplicação aos casos de fiança prestada em favor da própria família do fiador importaria em dar ao dispositivo legal interpretação não-condizente com o espírito da lei, praticamente inviabilizando sua utilização.

3. Hipótese em que o fiador-varão, à época da assinatura do contrato de locação, integrava o quadro societário da empresa afiançada, não tendo, após sua retirada, buscado exonerar-se na forma prevista no art. 1.500 do Código Civil de 1916.

4. Embargos declaratórios rejeitados.

(EDcl no REsp 951649/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 08/05/2008, DJe 23/06/2008)

DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO. NOVAÇÃO *SUI GENERIS*. EFEITOS SOBRE TERCEIROS COOBRIGADOS. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS. ARTS. 49, § 1º E 59, *CAPUT*, DA LEI N. 11.101/2005.

1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, caput, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação sui generis e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

2. Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

3. Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a homologação judicial.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1326888/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 08/04/2014, DJe 05/05/2014, grifo nosso)

3 A alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro

O sistema jurídico tem um número significativo de normas tratando da alienação fiduciária em garantia. A primeira a tratar do instituto foi a Lei 4.728/65, que instituiu a alienação fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais, posteriormente modificada e complementada pelo Decreto-Lei 911/69, que estabeleceu normas sobre o processo de alienação fiduciária.

A alienação fiduciária inicia-se recaindo sobre bens móveis no mercado financeiro e de capitais. Posteriormente, sua utilização foi estendida a objetos como ações e debêntures (por meio do artigo 40 da Lei 6.404/76), bens imóveis (pela Lei 9.514/97), bens móveis fungíveis (nos termos da extinta Medida Provisória 2160-25/01) e bens móveis infungíveis (previstos no Código Civil - Lei 10.406/02, artigos 1.361 a 1.368-A). Significativas modificações foram introduzidas pela Lei 10.931/04, a qual dispõe sobre patrimônio de

afetação, incorporações imobiliárias, Cédula de Crédito Bancário, entre outras matérias, e fecha o atual panorama legal existente sobre o instituto.

Em resumo, temos o seguinte regime jurídico aplicável, conforme o caso: (i) Lei 4.728/65 e Decreto-Lei 911/69 para alienação fiduciária de bens móveis (fungíveis e infungíveis) quando o credor fiduciário é instituição financeira; (ii) Código Civil para alienação fiduciária de bens móveis (infungíveis) quando o credor fiduciário é pessoa física ou jurídica (que não instituição financeira); e (iii) Lei 9.514/97 para alienação fiduciária de bens imóveis.

Duas questões assumem relevo, uma relativa ao sujeito (legitimidade para pactuação da alienação fiduciária) e outra relativa ao objeto da alienação fiduciária.

Em relação ao objeto, com a extinção da Medida Provisória 2160-25/01 e superveniência do Código Civil regulando as hipóteses de alienação fiduciária de bens móveis infungíveis, houve quem sustentasse que a alienação fiduciária de bens móveis fungíveis não seria mais possível. A vencer essa tese, em primeiro lugar haveria de se excepcionar o espectro de pessoas que não poderiam fazer a alienação fiduciária, na medida em que as instituições financeiras continuariam autorizadas a tanto, por meio da Lei 4.728/65 e Decreto-Lei 911/69, não derogados pela revogação da Medida Provisória 2160-25/01 (trata-se de direito privado, o que não está expressamente proibido segue permitido) ou pela publicação de normas gerais no Código Civil, diante da remanescência das normas em face dela consideradas especiais.

Ainda que avançássemos em tal entendimento, é de se supor que não haveria lógica razoável em se estabelecer tal limitação, pois poderia ser facilmente elidida por dois mecanismos: ou pela contratação de negócio fiduciário pela modalidade de cessão, combinada com depósito irregular, ou pela “infungibilização” da coisa móvel fungível. Essa possibilidade ficou expressamente consignada nos votos do relator por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1101375, de 04/06/2013, *in verbis*:

4. De início, no tocante ao **objeto** da alienação fiduciária, penso ser interessante a distinção entre bens fungíveis e infungíveis, de modo a evitar eventual dúvida quanto ao enquadramento do caso concreto na respectiva lei de regência.

Como se sabe, bens fungíveis são aqueles que podem ser substituídos por outros do mesmo gênero, qualidade e quantidade; enquanto os bens infungíveis são aqueles insuscetíveis de substituição, dada sua individualização e especificidade.

Notadamente, a infungibilidade - diversamente da fungibilidade - pode ser objeto de convenção das par-

tes, que podem, assim, individualizar o bem por ocasião da celebração do contrato de compra e venda - quer pela exteriorização de marcas, sinais ou número de série, quer por alguma outra forma vislumbrada pelo credor -, em cujo interesse se dá a medida. Em outras palavras, a infungibilidade de um bem é fruto de sua individualização.

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa:

“A vontade das partes não pode tornar fungíveis coisas infungíveis, por faltar praticidade material. No entanto, a infungibilidade pode resultar de acordo de vontades ou das condições especiais da coisa, à qual, sendo fungível por natureza, se poderá atribuir o caráter de infungível.

[...]

A fungibilidade é qualidade da própria coisa. Haverá situações em que apenas o caso concreto poderá classificar o objeto. Uma garrafa de vinho raro, de determinada vindima, da qual restam pouquíssimos exemplares, será infungível, enquanto o vinho, de maneira geral, é fungível. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado”. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 95)

Assim, no caso concreto, a afetação de geladeira, aparelho de TV e fogão a gás - indicados como bens objeto do contrato de compra e venda/alienação fiduciária celebrado entre as partes (fl. 35) - tem o condão de torná-los bens infungíveis, passíveis de enquadramento, em linha de princípio, tanto no regime jurídico do Código Civil quanto no do Decreto-Lei n. 911/1969.

(REsp 1101375/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 04/06/2013, DJe 01/07/2013, p. 9-10 do acórdão)

Já em relação ao sujeito, a polêmica é menor. Qualquer pessoa pode contratar alienação fiduciária, mas só as instituições financeiras podem utilizar o procedimento de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei 911/69. É o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do mencionado Recurso Especial 1101375, cuja ementa é a seguinte:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA CELEBRADA ENTRE PESSOA JURÍDICA E PESSOA NATURAL. REGIME JURÍDICO DO CÓDIGO CIVIL. BUSCA E APREENSÃO DE BEM MÓVEL PREVISTA NO DECRETO-LEI N. 911/1969, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.931/2004. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. Há regime jurídico dúplice a disciplinar a propriedade fiduciária de bens móveis: (i) o preconizado pelo Código Civil (arts. 1.361 a 1.368), que se refere a bens móveis

infungíveis, quando o credor fiduciário for pessoa natural ou jurídica; e (ii) o estabelecido no art. 66-B da Lei n. 4.728/1965 (acrescentado pela Lei n. 10.931/2004) e no Decreto-Lei n. 911/1969, relativo a bens móveis fungíveis e infungíveis, quando o credor fiduciário for instituição financeira.

2. A medida de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei n. 911/1969 consubstancia processo autônomo, de caráter satisfativo e de cognição sumária, que ostenta rito célere e específico com vistas à concessão de maiores garantias aos credores, estimulando, assim, o crédito e o fortalecimento do mercado produtivo.

3. O art. 8º-A do referido Decreto, incluído pela Lei n. 10.931/2004, determina que tal procedimento judicial especial aplique-se exclusivamente às seguintes hipóteses: (i) operações do mercado financeiro e de capitais; e (ii) garantia de débitos fiscais ou previdenciários. Em outras palavras, é vedada a utilização do rito processual da busca e apreensão, tal qual disciplinado pelo Decreto-Lei n. 911/1969, ao credor fiduciário que não revista a condição de instituição financeira lato sensu ou de pessoa jurídica de direito público titular de créditos fiscais e previdenciários.

4. No caso concreto, verifica-se do instrumento contratual (fl. 12) a inexistência de entidade financeira como agente financiador. Outrossim, a recorrente intentou a presente demanda em nome próprio pleiteando direito próprio, o que aponta inequivocamente para a sua ilegitimidade ativa para o aforamento da demanda de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei n. 911/1969.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1101375/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 04/06/2013, DJe 01/07/2013, grifo nosso).

Diferentemente do que uma leitura açodada pode sugerir, qualquer pessoa pode contratar a garantia da alienação fiduciária, e não somente as instituições financeiras. O que diferirá é o regime jurídico aplicável, permanecendo a restrição na utilização do procedimento de busca e apreensão (este, sim, prerrogativa exclusiva das instituições financeiras). Essas questões foram magistralmente abordadas nos itens 5 e 7 do voto do relator no julgamento do REsp 1101375/RS, razão pela qual permitimo-nos sumariar o teor das digressões, dada a análise histórica e amplas referências doutrinárias dos excertos (os grifos e destaques são do original):

5. No que tange à **legitimidade para pactuação da alienação fiduciária**, verifica-se que, na gênese do instituto, predominava o entendimento de que apenas as instituições financeiras eram autorizadas a receber a propriedade fiduciária de bens móveis corpóreos como garantia, sob o fundamento de que sua introdução no

direito pátrio deu-se por meio de lei especial disciplinadora do mercado de capitais (Lei n. 4.728/1965). O Decreto-Lei n. 911/1969 alterou a redação do art. 66 da referida lei e também instituiu a tutela jurisdicional atinente às relações intersubjetivas decorrentes da criação do novel negócio jurídico, mormente ante o objetivo constante da exposição de motivos, qual seja: “dar maiores garantias às operações feitas **pelos financeiros**, assegurando o andamento rápido dos processos, sem prejuízo da defesa, em ação própria, dos legítimos interesses dos devedores”.

Neste ponto, invoca-se doutrina de Moreira Alves⁴, Cristiano Chaves de Farias⁵, Márcio Calil de Assumpção⁶ e precedente jurisprudencial anterior⁷ alinhados à tese, seguindo em seu raciocínio:

⁴ O Decreto-Lei 911/1969, “ao disciplinar a ação de busca e apreensão, restringiu de tal forma a defesa do réu que tornou evidente a inaplicabilidade do instituto nas relações entre particulares”, uma vez que tais medidas coibitivas do direito de defesa quebraram “[...] o equilíbrio entre os interesses do credor e do devedor, dando-se tal prevalência àquele que, para não se chegar à iniquidade, facilitando-se, inclusive, a usura, é mister se interprete restritivamente o termo credor utilizado genericamente, no referido Decreto-lei” (ALVES, 1973, p. 101-102).

⁵ Sobre o credor fiduciário, “[...] tratava-se da pessoa jurídica concedente do empréstimo, sendo esta **instituição financeira** também conhecida como credor, adquirente ou possuidor indireto. Invariavelmente, na forma de sociedade anônima, privada ou de economia mista, autorizada pelo Banco Central, ou administradoras de consórcios regularmente constituídas (FARIAS, 2009, p. 381).

⁶ Exatamente pelos contornos céleres e eficientes do Decreto-Lei nº 911/69, e diante do entendimento pretoriano no sentido de que a alienação fiduciária poderia gerar desigualdades entre credores e devedores, se aplicada a quaisquer pessoas físicas e/ou jurídicas indiscriminadamente, acabou por ficar essa garantia restringida no âmbito do mercado financeiro e de capitais, mercado esse submetido à fiscalização do Poder Público (ASSUMPCÃO, 2006, p. 163).

⁷ “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. FIRMOU-SE A JURISPRUDÊNCIA DO S.T.F. NO SENTIDO DE QUE SOMENTE AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E OS CONSÓRCIOS AUTORIZADOS DE AUTOMOVEIS É QUE PODEM UTILIZAR-SE DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. ADMITE A DOCTRINA QUE AS ENTIDADES ESTATAIS OU PARA-ESTATAIS SÃO IGUALMENTE LEGITIMADAS PARA RECEBER TAL TIPO DE GARANTIA, COMO RESULTA DO ART. 5. DO DECRETO-LEI N. 911-69. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO” (RE 111219, Relator: Min. ALDIR PASSARINHO, 2ª Turma, j. em 10/12/1987, DJ 18/03/1988 PP-05571 EMENT VOL-01494-03 PP-00532).- “A legitimidade da utilização da alienação fiduciária pelos consórcios advém de imposição normativa constante do art. 7 da Lei n. 5.768/71, e dos desdobramentos que se lhe seguiram (D.79.951, art. 40 - redação dada pelo D. 72.411/73; instruções normativas n. 31, de 21.08.72 e 55, de 13.09.72, da Secretaria da Receita Federal e Portaria n. 446 do Ministro da Fazenda). A garantia real (propriedade fiduciária) decorrente da alienação fiduciária em

Seguindo a mesma lógica, verifica-se a existência de legislação especial autorizando a pactuação da propriedade fiduciária em outros casos específicos, tais como: o Decreto n. 62.789/1968, franqueando a contratação da alienação fiduciária em garantia do pagamento de débitos perante a previdência social; a Lei n. 6.729/1979, permitindo sua utilização pelos consórcios; e a Lei n. 8.929/1994, admitindo a garantia fiduciária das obrigações oriundas de Cédula de Produto Rural.

Dessarte, até a edição do novo Código Civil, somente as instituições financeiras - em sentido amplo - e as entidades estatais e paraestatais estavam legitimadas à celebração de contrato de alienação fiduciária, sendo certo que apenas as operações previstas especificamente em lei poderiam ser garantidas pela propriedade fiduciária.

Isso porque, consoante cediço, os direitos reais somente podem ser criados por lei, jamais pela vontade das partes.

O Código Civil de 2002 estendeu o campo material de aplicação dessa garantia real às pessoas jurídicas e naturais indistintamente, uma vez que não impôs nenhuma restrição à pessoa do credor, consoante se deduz da leitura atenta dos arts. 1.361 a 1.368.

Segue-se novamente o amparo da interpretação doutrinária a respeito do quanto dito, na lição de Cristiano Chaves de Farias⁸ e Cezar Peluso⁹, para o endereçamento da conclusão:

7. Alfim, cabe-nos examinar a questão relativa à legitimidade ativa *ad causam* para a demanda que visa à busca e apreensão decorrente do contrato de alienação fiduciária.

garantia pode ser utilizada nas operações de consórcio, que se situam no terreno do sistema financeiro nacional, e que se realizam sob fiscalização do Poder Público, da mesma forma como ocorre com as operações celebradas pelas financeiras em sentido estrito" (RE 92736, Relator: Min. Thompson Flores, 1ª Turma, j. em 24/06/1980, DJ 12/08/1980 PP-05789 EMENT VOL-01178-03 PP-01098).

⁸ "[...] o art. 1.361 do Código Civil não explicita a natureza do credor em favor do qual o devedor transfere o bem, possibilitando-se, agora, a universalização do modelo do negócio fiduciário, pela extensão da posição de credor às pessoas naturais" (FARIAS, 2009, p. 381).

⁹ "Antes da vigência do Código Civil de 2002, grassava na doutrina séria divergência sobre a possibilidade de pessoas jurídicas - ou naturais - que não instituições financeiras, pudessem figurar como credoras fiduciárias. A tendência majoritária era no sentido de reservar o instituto somente às instituições financeiras e entidades equiparadas, como consórcios [...]. Agora não mais. Abre o Código Civil a possibilidade de qualquer credor, pessoa jurídica ou natural, usar a propriedade fiduciária para garantir o adimplemento de obrigações" (PELUSO, 2007, p. 1404).

A medida de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei n. 911/1969 não se confunde com a cautelar contemplada no Código de Processo Civil, não apenas por ter o escopo exclusivo de apreender o bem objeto do contrato, como também por não prescindir de justificação prévia, carecendo tão somente da comprovação da mora do devedor para obtenção da liminar.

É processo autônomo, de caráter satisfativo e de cognição sumária, que ostenta rito célere e específico - desviando-se do procedimento ordinário, mormente quanto à defesa, antecipação de tutela, prazos e momento de realização da citação -, com vistas a conceder maiores garantias aos credores, estimulando, assim, o crédito e o fortalecimento do mercado produtivo.

Nada obstante, o art. 8º-A, incluído pela Lei n. 10.931/2004, determina que o aludido procedimento judicial aplique-se **exclusivamente** às seguintes hipóteses: (i) operações do mercado financeiro e de capitais; e (ii) garantia de débitos fiscais ou previdenciários.

Confira-se:

Art. 8º-A. O procedimento judicial disposto neste Decreto-Lei aplica-se exclusivamente às hipóteses da Seção XIV da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, ou quando o ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário.

Nessa esteira, por disposição expressa da lei, é vedada a utilização do rito processual da busca e apreensão, tal qual disciplinado pelo Decreto-Lei n. 911/1969, ao credor fiduciário que não revista a condição de instituição financeira ou de pessoa jurídica de direito público titular de créditos fiscais e previdenciários.

(REsp 1101375/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 04/06/2013, DJe 01/07/2013, p. 10-15 do acórdão).

Por fim, serve de fundamento à interpretação ora aventada a doutrina de Melhim Namem Chalhub¹⁰, Márcio Calil de Assumpção¹¹ e Gustavo Tepedino.¹²

¹⁰ “As principais ações a que está legitimado o credor no contrato de alienação fiduciária de bens móveis são as de busca e apreensão, possessória, de depósito e de execução.

Até o advento da Lei 10.931/2004 a realização da garantia decorrente do contrato de alienação fiduciária se fazia quase que exclusivamente por meio da busca e apreensão do bem, executada mediante ação regulamentada pelo Decreto-lei nº 911/69. O procedimento é célere e possibilita a apreensão do bem liminarmente, embora assegurando ao devedor o direito de purgar a mora.

De acordo com a legislação anterior ao Código Civil, só eram legitimadas para receber a propriedade fiduciária em garantia de bens corpóreos as instituições financeiras e outras pessoas jurídicas a que a lei viesse a reconhecer legitimidade. O novo Código Civil, entretanto, ao tratar da propriedade fiduciária de bens

móveis, retirou essa restrição, possibilitando a contratação da alienação fiduciária para garantia de quaisquer obrigações (arts. 1.361 a 1.368).

A despeito do alargamento do campo de aplicação dessa garantia, o legislador resolveu restringir a legitimidade para o procedimento especial regulamentado pelo Decreto-lei nº 911/69 às pessoas jurídicas de direito público e àquelas submetidas diretamente à fiscalização e ao controle do Estado, somente admitindo essa ação de busca e apreensão quando a garantia tiver por objeto créditos fiscais, previdenciários e os constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais (art. 8º A do Decreto-lei 911/69, com redação dada pelo art. 56 da Lei 10.931/2004).

Para marcar a distinção entre essas duas modalidades de contrato de alienação fiduciária, Paulo Restiffe Neto cunhou expressões próprias de identificação, denominando *paritária* a alienação fiduciária regulamentada pelo Código Civil, porque essa espécie, em princípio, é contratada entre iguais, havendo presumivelmente equiparação econômica e técnica entre as partes, e *mercadológica* a alienação fiduciária de que trata o Decreto-lei nº 911/69, porque esta espécie se caracteriza pela não-equiparação entre as partes, havendo, ao contrário, desigualdade entre elas, seja do ponto de vista econômico ou técnico, situação que, pela vulnerabilidade em que se encontraria o devedor, configuraria uma relação de consumo.

Assim, na alienação fiduciária de bens móveis corpóreos, haverá procedimentos próprios para tutela judicial dos direitos do credor, conforme seja ela contratada no âmbito *mercadológico* ou *paritário*, isto é:

a) ação de busca e apreensão regulada pelo Decreto-lei 911/69, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, para a qual somente estão legitimados o fisco, a previdência e as entidades que operam no mercado financeiro e de capitais, e b) ação de reintegração de posse ou ação reivindicatória ou, ainda, ação de depósito, para a qual estão legitimadas todas as demais pessoas, naturais ou jurídicas, que sejam titulares de propriedade fiduciária de bens móveis em garantia" (CHALHUB, 2006, p. 218-219).

¹¹ "[...] a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 ('Novo Código Civil'), estendeu às relações jurídicas entre quaisquer pessoas físicas e jurídicas, independentemente de sua atividade profissional, a possibilidade de constituição de propriedade fiduciária (com escopo de garantia), restringido apenas seu objeto que, diferentemente do previsto para o Mercado de Capitais, deverá, nas relações entre particulares, ficar centrado em bens móveis infungíveis (Código Civil, arts. 1.361 a 1.368).

Todavia, as disposições do Decreto-lei nº 911/1969, em especial no tocante à célere e eficaz AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO, permanecem restritas às instituições financeiras e ao fisco, remanescendo para a alienação fiduciária de que trata o Código Civil a via processual da ação reivindicatória (em nossa opinião), e, para a doutrina, também a via possessória, a serem percorridas pelo credor fiduciário que, desta feita, se submeterá ao procedimento comum ordinário na hipótese de inadimplemento do devedor fiduciante.

Esse entendimento, esposado logo após o advento do Novo Código Civil (vide art. 2.043 do novo Código), veio a ser confirmado com o advento da Lei nº 10.931/04, que, no mesmo sentido incluiu o art. 8-A no Decreto-lei nº 911/69. Logo, não apenas por uma questão de hermenêutica, mas agora por disposição legal, à alienação fiduciária constituída como garantia de outros pactos de natureza civil ou mercantil não se aplica o rito processual especial do Decreto-lei nº 911/69" (ASSUMPÇÃO, 2006, p. 168-169).

4 Do dissenso doutrinário e do equívoco da fundamentação do julgado

Orlando Gomes explica sobre o tema que

Sujeitos dessa relação jurídica são o alienante e o adquirente. Dado que a alienação é fiduciária, costumam designar-se, respectivamente, fiduciante e fiduciário. Ocupa a primeira posição quem tem, no negócio de crédito, a condição de creditado, em se tratando de crédito diretíssimo ao consumidor. No crédito com interveniência, é esse mesmo consumidor que figura como alienante quem aparece como fiduciante, muito embora não seja o sacador da letra de câmbio. A posição de adquirente é ocupada pela financeira. Trava-se, portanto, o vínculo entre esses dois sujeitos de direito. [...] Legitimado a alienar fiduciariamente em garantia é unicamente quem obtém, como consumidor, crédito de uma financeira. A autorização legal não pode ser generalizada, até porque se o crédito não for de aceitação e o bem pertencer a categoria de imóveis, ter-se-á retrovenda, que é figura distinta (GOMES, 1971, p. 52/54).

Há uma extensa e apropriada crítica de tal interpretação em Alves (1973, p. 81-88), no capítulo II da obra, que trata dos requisitos subjetivos, objetivos e formais da alienação fiduciária, mais precisamente no item 2, sobre a capacidade e legitimação das partes. Tentamos sumariar a contradita:

1) a prevalecer a opinião de Orlando Gomes, não se poderia aplicar a garantia decorrente da alienação fiduciária sequer a empréstimos bancários a importador (comerciante ou, principalmente, industrial), operação tida por George Siqueira, um dos idealizadores do instituto, como uma das justificativas para sua introdução no sistema jurídico pátrio;

2) a interpretação do termo “devedor” como “quem obtém, como consumidor, crédito de uma financeira” é restritiva e não há qualquer demonstração de que esta tenha sido a *mens legis*;

3) se a retrovenda com escopo de garantia é negócio jurídico simulado, e não negócio jurídico indireto, não se pode dizer que, se o crédito não for de aceitação e o bem imóvel, ter-se-á retrovenda, pois, assim, estará admitido que a retrovenda possa servir, validamente, como instrumento de garantia;

¹² “No que tange ao DL 911/1969, como observado anteriormente, suas regras materiais consideram-se derogadas pelo CC, ao passo que suas regras processuais se aplicam somente às hipóteses de alienação fiduciária em garantia de dívidas constituídas no mercado financeiro e de débitos fiscais ou previdenciários, por força do art. 8º-A” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2011, p. 747).

4) ainda que o crédito não fosse de aceitação, não se poderia confundir a retrovenda com a alienação fiduciária, não somente pela diferença de estrutura dos dois institutos (retrovenda como cláusula adjeta ao contrato de compra e venda, em que o vendedor se reserva o direito potestativo de retrato, a ser exercido em determinado prazo e pelo qual recupera a coisa vendida, mediante restituição de preço e reembolso de certas despesas ao comprador; nada disso se verificando na alienação fiduciária em garantia, contrato que serve de título para constituição de garantia real representada pela propriedade fiduciária), assim como porque a retrovenda tem por objeto coisa imóvel e – àquela época – apenas bens móveis eram suscetíveis de ser alienados fiduciariamente;

5) o Decreto 62.789, de 30/05/68, anteriormente ao Decreto-lei 911/69, alterara o art. 186, § 2º do Regulamento Geral da Previdência, estabelecendo expressamente como modalidade de garantia, nos termos da alínea d, a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis (caso em que o credor não era financeira, mas o Instituto Nacional de Previdência Social, e o devedor era qualquer empresa com débito junto à referida autarquia);

6) se a propriedade fiduciária servisse de garantia apenas às operações realizadas por financeiras, não haveria como explicar por que o Decreto-lei 911/69 refere inadimplemento (absoluto) e mora (inadimplemento relativo). Ora, em contratos celebrados com financeiras o devedor sempre contrai dívidas pecuniárias, não se admite inadimplemento (absoluto) propriamente dito, dado que as obrigações podem ser cumpridas tardiamente (podendo-se falar então em mora), e cita o autor mencionado doutrina de próprio colega contraditado. Se apenas as dívidas pecuniárias podem ser garantidas por propriedade fiduciária, não há caso algum em que opere o inadimplemento absoluto, nem mesmo, como reconhece o autor contestado, “a hipótese de referir-se a inadimplência à violação de deveres ínsitos à posição de depositário, que, não sendo contratual, resulta, todavia, de uma ficção legal”. Isso porque, se o devedor viola obrigações que tem em virtude da posição de depositário legal da coisa alienada fiduciariamente, incorre em causa de vencimento antecipado do débito (o que, por sua vez, conduz ao não pagamento e nova situação de mora, mas não de inadimplemento absoluto);

7) a interpretação restritiva pretendida para “credor” e “devedor” é impossível juridicamente por implicar que outras situações descritas em lei jamais poderiam ocorrer (cita hipóteses específicas da Lei 4.728/65, Decreto-lei 911/69 e Decreto-lei 413/69); e, por fim,

Mas não nos restringimos, apenas, a combater a interpretação restritiva que se pretende dar ao vocábulo *devedor* usado no Decreto-lei 911 (e já o era na Lei 4728). Vamos além. Entendemos que se deve interpretar esse termo extensivamente, no sentido de abranger não somente o devedor, mas também terceiro que se disponha, alienando fiduciariamente coisa própria, a garantir débito de outrem Essa exegese, que não distoa, inclusive, da letra mesma do Decreto-lei 911, não contraria a finalidade da Lei 4728, que criou a alienação fiduciária em garantia como providência para favorecer o mercado de capitais. Ademais, não invalida esta interpretação o fato de o Decreto-lei 911, em outras passagens, aludir apenas a *devedor*, pois é comum o legislador mencionar somente a hipótese mais correntia, que, no caso, será a de o devedor ser o alienante. Enfim, o art. 28 do Decreto-lei 413, de 9 de janeiro de 1969, referindo-se aos bens vinculados à cédula de crédito industrial por força de penhor cedular, hipoteca cedular ou *alienação fiduciária*, admite expressamente que esses bens sejam de terceiro. Com efeito, no capítulo “Das Garantias da Cédula de Crédito Industrial”, logo após os dispositivos que regulam o penhor cedular, a hipoteca cedular e a alienação fiduciária, encontra-se, como dispositivo final, o citado art. 28 que reza, no caput, sem qualquer restrição: ‘Os bens vinculados à cédula de crédito industrial continuam na posse imediata do emitente *ou do Terceiro Prestante da Garantia Real*, que responderá por sua guarda e conservação como fiel depositário, seja pessoa física ou jurídica. Cuidando-se de garantia constituída por terceiro, este e o emitente da cédula responderão solidariamente pela guarda e conservação dos bens gravados’ (grifos em negrito e sublinhado nossos; itálicos do autor).

Aparentemente, a discussão rendeu frutos, na medida em que Alves (1979, p. 69) expressamente refere que Gomes não mantém sua interpretação rigidamente restritiva na mais recente edição de sua obra (GOMES, 1976, p. 55-56), a qual recuperamos:

Legitimado a alienar fiduciariamente em garantia é unicamente quem obtém, como consumidor, crédito de uma financeira. A autorização legal não pode ser generalizada, até porque se o crédito não for de aceitação e o bem pertencer a categoria de imóveis, ter-se-á retrovenda, que é figura distinta (*v. supra, n. 27*) embo-
ra o pacto atue com um fim de garantia por uma via
que não tem reflexos jurídicos próprios (Carlota Ferrera) [alteração destacada].

E foi mais adiante:

É verdade que leis especiais autorizaram outros devedores a realizarem o negócio de *alienação fiduciária em garantia*. [...] [cita então os já mencionados casos do Decreto 62.789/68 e Decreto 413/69] A extensão de tal garantia a outras dívidas, que não são contraídas com as sociedades de crédito, financiamento e investimentos, mas já existem ou decorrem de financiamento industrial, prova que não foi instituída para ser usada por qualquer devedor, tanto assim que, para aceitá-la, fora do quadro do mercado de capitais, foi preciso autorizá-la em expressa referência. Nos dois casos é manifesta a impropriedade da extensão em face do esquema legal de garantia, não da figura em si. São exceções que não destroem o princípio determinante da interpretação restritiva a se dar ao vocábulo *devedor*. Não é toda pessoa-devedora que pode garantir dívida mediante alienação fiduciária, senão somente quem esteja em situações que a consente ou celebre contrato a que possa ser adjetivada em prescrição legal. De resto o problema da legitimação do devedor-alienante tem solução dependente da orientação que se tome relativamente à sua admissibilidade fora do âmbito da lei do mercado de capitais (grifos nossos).

Ou seja: mesmo no entendimento de Gomes, não nos parece inviável cogitar da viabilidade da alienação fiduciária em garantia por pessoa que não o devedor (por excepcional que fosse), contanto que houvesse previsão legal específica (o que não existia àquele tempo, mas atualmente há).

5 Crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

Dois são os precedentes jurisprudenciais a respeito do tema no Superior Tribunal de Justiça: o Recurso Especial 138421 – RJ e o citado Recurso Especial 866300 – BA. O primeiro deles, de 1997, restou assim ementado:

Alienação fiduciária. Bem do avalista.

- O bem alienado fiduciariamente, que a jurisprudência deste Tribunal admite já integrar o patrimônio do devedor (Súmula 28), deve ser do devedor, e não do avalista, terceiro interveniente.

- Art. 66 da Lei 4.728/1965.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 138421/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 10/11/1997, DJ 09/02/1998, p. 23)

O equívoco inicial do julgado é o de abordar o tema por pretensa violação à Súmula 28 do STJ (se bem já pertencente ao

patrimônio do alienante pode ser ou não objeto de alienação fiduciária)¹³ e não analisar a questão sob a óptica de quem possa ser alienante fiduciário (se apenas o mutuário ou igualmente terceiro). O próprio relatório refere o cerne correto da questão, mediante transcrição da ementa do acórdão recorrido da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *in verbis*:

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Nada obsta seja a garantia prestada através de bem que integra o patrimônio de terceiro. Tampouco se direciona a alienação fiduciária apenas a financiamento para aquisição de bens duráveis. (p. 74)

Segue a fundamentação do acórdão proferido no julgamento do recurso especial referindo que:

Essa tese [da Súmula 28] tem por pressuposto seja o bem de propriedade do devedor, e não de terceiros. Os terceiros podem ser garantes, mas não alienantes fiduciários, pois essa posição só pode ser exercida pelo devedor [1]. Se o terceiro interveniente, que é avalista da devedora, aliena bem seu e assume a condição de depositário, ele já não é mais o garante, é o próprio alienante do bem [2]. Mas como ele pode alienar, se não é o devedor beneficiário do financiamento? [3] O contrato em causa desvirtuou [4] a natureza da alienação fiduciária em garantia, assim como descrita no art. 66, caput, da Lei 4728/65, onde o alienante é o devedor [5]: [...].

E transcreve-se o artigo.¹⁴

Em relação às anotações internas à citação, como contraponto ao argumento apresentado, cumpre considerar que:

- ponto 1: parte-se de uma premissa (falsa), que se infere como conclusão (petição de princípio), de que terceiro não pode ser alienante, apenas o devedor. Essa tese é reconhecidamente inaplicável nos casos da alienação fiduciária de garantia de bens móveis (Decreto 911/69), como já se reconhecia anteriormente no REsp 16.242-0 SP, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

¹³ Súmula 28 do Superior Tribunal de Justiça. “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor” (2ª Seção, julgado em 25/09/91, DJ 08/10/91).

¹⁴ Lei 4.728/65, art. 66. “A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. (Redação dada pelo Decreto nº 911, de 1º.10.1969).”

ça, em que foi relator o Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 31/08/1992:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BUSCA E APREENSÃO. COMPROVAÇÃO DA MORA. ALIENANTE E MUTUÁRIO. EXEGESE DOS ARTS. 2º, PARAGRAFO 2º, E 3. DO DL N. 911/69.

I – No mútuo garantido por alienação fiduciária, o mutuário nem sempre é o alienante depositário. Em casos tais, impõe-se ao credor, que deseja ajuizar ação de busca e apreensão, a comprovação da mora também em relação ao garante.

II - O vocábulo “devedor” empregado no DL 911/69 deve ser interpretado extensivamente no sentido de abranger o terceiro que se disponha, alienando fiduciariamente coisa própria, a garantir débito de outrem.

III - O escopo da lei, ao exigir a comprovação documental da mora para o aforamento da ação de busca e apreensão, é essencialmente prevenir que o alienante venha a ser surpreendido com a subtração repentina dos bens dados em garantia sem, antes, inequivocamente cientificado, ter oportunidade de, desejando, saldar a dívida garantida e, assim, retomar-lhes a propriedade. (REsp 16242/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 31/08/1992, DJ 21/09/1992, p. 15695)

- ponto 2: outro argumento falacioso, de que terceiro que aliena e figura como depositário deixa de ser garante (a garantia não atua como contraprestação: trata-se de uma relação juridicamente autônoma e acessória em relação ao mútuo com o devedor):

La differenza fra contraprestazione e garanzia specifica risiede nel fatto che la garanzia specifica non è il corrispettivo di una prestazione (contraprestazione): non è qualcosa di intrínseco al rapporto obbligatorio, ma un mezzo estrínseco e accessorio di realizzazione del credito, che opera, soltanto quando la prestazione (in ipotesi: unica) non sia adempiuta”. Ou, em tradução livre: “A diferença entre contraprestação e garantia específica reside no fato de que a garantia não é o correspondente de uma prestação (contraprestação): não é algo de intrínseco à relação obrigatória, mas um meio extrínseco e acessório de realização do crédito, que opera apenas quando a prestação (e exclusivamente nesta hipótese) não é adimplida (MESSINEO, 1966, p. 446 *apud* SALOMÃO NETO, 2011, p. 522).

- ponto 3: o proprietário dispõe da coisa conforme lhe convenha, tanto pode vender, como dar em garantia (sendo a alienação fiduciária um negócio jurídico sob condição resolutiva, fi-

cam ao garantidor os benefícios da posse precária e da ulterior restituição do bem ao seu domínio);

- ponto 4: pretensão “desvirtuamento” da alienação fiduciária. Historicamente a alienação fiduciária tem sido utilizada como meio de estimular o aporte de crédito a setores com déficit de investimentos específicos, pela ausência de garantias efetivas ao investidor com relação à segurança e rapidez na recuperação do capital investido. Nesse sentido, a instituição da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel por meio da Lei 9.514/97, gerida no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário, como meio de incrementar investimentos e auxiliar na resolução do problema do déficit de habitação;

- ponto 5: interpretação da partícula “ou” no caput do art. 66 da Lei 4.728/65 como denotativa de identidade excludente entre as posições de alienante e devedor (e não, como igualmente possível, de se tratar de hipótese de alternatividade de sujeitos distintos).

O excerto acima reproduzido e comentado foi expressamente citado no voto do relator e adotado como razão de decidir no outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, de 2009, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. CONTRATO DE MÚTUO. ADITAMENTOS POSTERIORES SEM A INTERVENÇÃO DA GARANTIDORA.

1. A alienação fiduciária caracteriza-se pela onerosidade, uma vez que ~~que~~ [sic]¹⁵ o contrato proporciona ~~do~~ [sic] instrumento creditício ao alienante e assecuratório ao adquirente. Logo, inexistindo a indispensável onerosidade no negócio jurídico entabulado entre as partes (banco e garante), outro não poderia ser o entendimento que não o do desvirtuamento da alienação fiduciária.

3. [sic] Rever a decisão recorrida em relação à natureza da garantia prestada importaria necessariamente no reexame de provas e na interpretação contratual, o que é defeso nesta fase recursal, incidindo o óbice contido nos enunciados sumulares 5 e 7 desta Corte Superior.

4. Ademais, ocorrendo novação contratual, como no caso dos autos, extingue-se a garantia firmada em relação ao contrato original.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 866300/BA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 15/10/2009, DJe 16/11/2009)

¹⁵ As referências textuais e alterações em tachado visam preservar o entendimento da frase e resguardar a inexistência do item 2, ignorado na numeração.

Curiosamente, o voto do relator começa reconhecendo a tese de fundo do presente artigo:

Pela análise acurada do disposto no artigo 66 da Lei nº 4.728/65, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, seja de sua redação originária, como também da atual¹⁶, conferida pelas alterações introduzidas pela Lei 10.931 de 2004, nota-se que, de fato, não consta nenhuma proibição no sentido de que terceiro interveniente (garantidor) dê em alienação fiduciária bem de sua propriedade (grifo nosso).

No caso concreto, e talvez precisamente este ponto tenha sido esquecido quando da formação do acórdão em seu item 2, o fundamento central para o julgamento não diz com a alienação

¹⁶ Lei 4728, art. 66-B. “O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

§ 5º Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 6º Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (Redação dada pela Lei 10.931/04)”

fiduciária, mas antes com a falta de comparecimento do garantidor aos instrumentos posteriormente assinados, de que resultaram obrigações pelas quais ele não responde, nos termos da Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça, aplicada por analogia ao caso em comento. Senão vejamos:

3. Com efeito, depreende-se do acórdão recorrido que: 'Em 10/12/2006, portanto, antes do término do lapso temporal previsto no contrato primitivo, Banco e Jaime Silvério novaram a dívida, através de um contrato denominado de 'Refinanciamento de Créditos', nº 221119-25 (fls. 60), cuja confissão extinguiu a obrigação anterior e criou uma nova, correspondente a R\$ 17.068,00 (dezessete mil e sessenta e oito reais), onde a Recorrida ratificou o compromisso de garantidora das obrigações do confitente (fls. 63).

Posteriormente a esse novo contrato, o Banco e Jaime Silvério realizaram diversas renegociações, mediante aditamentos dos quais efetivamente a Apelada não participou (fls. 9 a 16)'

O aval é a garantia de pagamento de um título de crédito dada por terceiro (avalista), pessoa física ou jurídica, ao emitente devedor ou endossante (avalizado).

A fiança, por outro lado, é a garantia pessoal dada pelo fiador (quem afiançou) e que se responsabiliza em nome do afiançado (o abonado). Assim, o fiador é pessoa física ou jurídica que se obriga pelo afiançado (devedor), assumindo, total ou parcialmente, obrigação pecuniária contraída e não paga pelo afiançado, com base em contrato. Por ser contrato benéfico, não admite interpretação extensiva. Nessa espécie de negócio, o garantidor obriga-se, gratuitamente, por dívida alheia e somente pode ser demandado na proporção assumida. Nesse contexto foi assentado o entendimento consolidado no Enunciado 214 da nossa Súmula: 'O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.'

Assim, tendo em vista que a instituição financeira aceitou a alienação fiduciária em garantia, conferida por terceiro, sem qualquer contraprestação, o Tribunal de origem entendeu que não poderia haver alienação fiduciária de bem do garante, considerando haver, na realidade, uma garantia pela obrigação pecuniária contraída e não paga pelo devedor, não tendo o garantidor anuído com as modificações contratuais.

E, mais adiante:

6. Ademais, é cediço que, em casos como o dos autos, em que ocorreu novação contratual, extingue-se a garantia firmada em relação ao contrato original, ou seja, exonera-se o garantidor.

Nesses termos explica Pontes de Miranda:

'Há, porém, o problema da fiança ou de outra garantia. Não se pode responder, em geral, que não há novação: pode haver, nem que não haja eficácia sobre a fiança, ou que haja sempre. Tem-se de indagar se a fiança foi só até a quantia x, o que se há de entender sempre que o negócio jurídico da fiança referiu a quantia do aluguel, ou de outra prestação. Não se pode, em tal espécie, interpretar que o fiador se obrigou pelos aluguéis do contrato, ou pelas obrigações do contrato ou outras que resultem de alterações.

[...]

De regra, quando se substitui uma figura jurídica a outra, o contrato é novativo (em vez de compra e venda, doação; em vez de doação, aluguel; em vez de locação, compra e venda). Os privilégios e as garantias reais extinguem-se, segundo regra jurídica dispositiva, que é a do art. 1.003. Exonera-se o fiador'. (MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado. v. 25 Editor Borsoi: Rio de Janeiro, 1959, p. 74-75)

Toda essa relevante argumentação, elemento central e norteador do decisório em análise, ficou reduzida a uma frase do *caput* (aditamentos posteriores sem a intervenção da garantidora) e ao item 4 da ementa (ocorrendo novação contratual, como no caso dos autos, extingue-se a garantia firmada em relação ao contrato original).

Todo o mais, de modo acidental, perfunctório e secundário, restou consignado de modo a induzir que tivesse havido análise exauriente e juízo de mérito sobre o que aparentemente se enuncia (impossibilidade de prestação de garantia por parte de terceiro através de alienação fiduciária). Colaciona-se doutrina inaplicável ao caso, porquanto não se trata de alienação fiduciária como negócio jurídico principal, mas de relação acessória de garantia, consoante já referido em comentário ao REsp 138421/RJ (ponto 2 do item 5 retro).

Pelo mesmo motivo, igualmente equivocadas as referências à onerosidade como condição *sine qua non* da alienação fiduciária (circunstância impositiva quando referida a um negócio jurídico principal, mas não necessária quando se infirma em relação de garantia) ao pretense desvirtuamento do instituto (referido no item 1 da ementa do REsp 866300/BA) e da utilização desnaturada de sua função social¹⁷ (o uso incorreto desse conceito jurídico indeterminado é abordado no item seguinte).

¹⁷ Reproduzimos o item 5 do voto do relator do REsp 866300/BA, em que se faz referência ao argumento usado pelo tribunal *a quo*: "5. Por este motivo, o Tribunal de origem, fundamentando-se na análise do contrato e das provas colacionadas aos autos, entendeu que o presente caso constitui uma 'aliena-

6 Da possibilidade de terceiro prestar garantia por meio de alienação fiduciária

Feita essa análise, voltamos ao ponto inicial do presente artigo, tendo por juridicamente possível a prestação de garantia por terceiro no regime de alienação fiduciária. A esse respeito, cumpre lembrar que a extinta Medida Provisória 2160-25/01 previa expressamente a possibilidade de prestação de garantia por terceiro.¹⁸

Inicialmente, há de se considerar que o vínculo obrigacional pode se dividir no dever legal de cumprir espontaneamente a obrigação, pagando-se o débito, assim como na faculdade e prerrogativa do credor de intervir no patrimônio deste e de terceiros que tenham voluntariamente garantido o negócio.

ção fiduciária desnaturada de sua função social', motivo pelo qual não poderia o Judiciário chancelar ou compactuar com o procedimento praticado pela instituição financeira. Confira-se o trecho do acórdão recorrido: «[...] o negócio jurídico firmado entre Recorrente e Recorrido esmoreceria, na medida em que a esta última não foi oferecido nenhum crédito, senão obrigações. [...] Logo, inexistindo a indispensável onerosidade no negócio jurídico entabulado entre as partes, outro não pode ser o entendimento que não o do desvirtuamento da alienação fiduciária, impossibilitando, destarte, o enquadramento da garante como devedora fiduciante, segundo o exato sentido do caput do art. 66 da Lei nº 4728/65. [...] Inolvidável, por derradeiro, que o Judiciário não deve chancelar ou compactuar com tal modalidade de procedimento praticado pelo apelante, cumprindo identificar esse negócio sem preocupação com filigramas jurídicos, mas sim com aquilo que ele realmente é: alienação fiduciária desnaturada de sua função social» (fl. 232)".

¹⁸ "Art. 10. Os bens constitutivos de garantia pignoratícia ou objeto de alienação fiduciária poderão, a critério do credor, permanecer sob a posse direta do emitente ou do terceiro prestador da garantia, nos termos da cláusula de constituto possessório, caso em que as partes deverão especificar o local em que o bem será guardado e conservado até a efetiva liquidação da obrigação garantida.

§ 1º O emitente e, se for o caso, o terceiro prestador da garantia responderão solidariamente pela guarda e conservação do bem constitutivo da garantia.

§ 2º Quando a garantia for prestada por pessoa jurídica, esta indicará representantes para responder nos termos do § 1º" (grifos nossos).

"Art. 15. O credor poderá exigir a substituição ou o reforço da garantia, em caso de perda, deterioração ou diminuição de seu valor.

Parágrafo único. O credor notificará por escrito o emitente e, se for o caso, o terceiro garantidor, para que substituam ou reforcem a garantia no prazo de quinze dias, sob pena de vencimento antecipado da dívida garantida" (grifos nossos).

"Art. 20. Aplica-se às Cédulas de Crédito Bancário, no que não contrariar o disposto nesta Medida Provisória, a legislação cambial, dispensado o protesto para garantir o direito de cobrança contra endossantes, seus avalistas e terceiros garantidores" (grifos nossos).

Igualmente, é de se referir que a natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia é de

contrato acessório daquele de que decorre o crédito que a propriedade fiduciária visa a garantir. Por conseguinte, em virtude do princípio *accessorium sequitur principale*, em regra se o contrato principal for nulo, nula será também a alienação fiduciária; se anulável, ela será válida até a anulação daquele. É certo, porém [...] que, se o contrato for celebrado entre credor e terceiro que não o devedor (garantia dada por terceiro), não guardará ele a mesma dependência que existe entre o contrato principal e a alienação fiduciária em que os participantes em ambos sejam os mesmos. Com efeito, na hipótese de garantia constituída por terceiro, poderá subsistir o contrato acessório apesar de o contrato principal estar viciado (ALVES, 1973, p. 77).

Assim, nada impede que terceiro seja o garantidor, com responsabilidade pelo débito, ainda quando não seja o devedor ou coobrigado. Tal é o que se deduz do artigo 1.427 do Código Civil, por força do disposto na espécie pelo artigo 1.367 do mesmo diploma:

Art. 1367. Aplica-se à propriedade fiduciária, no que couber, o disposto nos arts. 1421, 1425, 1426, 1427 e 1436. (redação original)

Art. 1.367. A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231. (Redação dada pela Lei 13043, de 13/11/14).

Art. 1427. Salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore ou desvalorize.

Tal entendimento ganha contornos de definitividade com a Lei 10.931/04, que trata da alienação fiduciária de bens imóveis e assim dispõe em seu art. 51:

Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel (grifos nossos).

Neste sentido, esclarece a doutrina:

Como terceiro interessado especial, o proprietário não devedor (portanto, não coobrigado) pode intervir no contrato como garante fiduciante e, ocupando essa especial posição de prestante, que não é de coobrigado, mas responsável, alienar seu imóvel em garantia fiduciária de obrigação ou dívida alheia, com responsabilidade própria de direito real limitada ao vínculo do objeto que alienou, tal qual é praxe na alienação fiduciária, regida pelo Decreto-lei 413/1969.

[...]

Sendo terceiros os prestantes do ônus real da garantia fiduciária imobiliária, figurarão estes garantidos como fiduciantes, ou seja, responsáveis, não devedores, isto é, não coobrigados, mas com qualificação jurídica de interessados sui generis, com direitos próprios, sobretudo às intimações e à reversão do domínio ao seu patrimônio de imóvel alienado quando liquidada a dívida por eles garantida. Por isso, a resolução da propriedade fiduciária em razão do pagamento da dívida quando feito pelo próprio devedor, que não seja fiduciante, devolve o domínio pleno ao terceiro prestante daquela garantia real (RESTIFFE NETO; RESTIFFE, 2009, p. 142-143).

Não se admitisse a possibilidade de terceiro prestar garantia por meio de alienação fiduciária, teríamos, inclusive, uma situação mais onerosa ao garante, pois, a bem de viabilizar o negócio, exigir-se-ia dele uma garantia pessoal (e consequente disponibilização de todo seu patrimônio em garantia) em vez de restringir os riscos da operação especificamente ao bem fornecido em garantia real. É dizer: em vez de figurar como simples garante e terceiro interessado que pode pagar a dívida e que responde apenas até a medida do valor do objeto dado em garantia, será alçado à condição de fiador ou avalista e, como tal, coobrigado, com dever de pagar a dívida alheia, na sua totalidade, respondendo com todo o seu patrimônio.

Outra prova determinante de que a garantia real fiduciária é plenamente possível de ser prestada por terceiro é o artigo 31 da Lei 9.514/97, que dispõe sobre a sub-rogação no crédito e na propriedade fiduciária daquele que paga a dívida alheia, *in verbis*: “O fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida fica sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária”.

Sobre o ponto, assim se posiciona a doutrina:

Trata-se de sub-rogação legal em pagamento, com finalidade estrita de *reembolso* do que o coobrigado ou terceiro interessado foi instado a pagar de dívida

pela qual era ou podia ser responsável, no todo ou em parte (art. 346, III, do CC de 2002), que, por isso, não tem caráter especulativo; é sem intuito de lucro. É que quem *deve* pagar é o devedor (o financiado), que é sujeito passivo principal da obrigação (*reus debendi*), e os eventuais coobrigados ao pagamento; enquanto quem *pode* pagar abrange os terceiros interessados (não coobrigados) na extinção da dívida (art. 304 do CC de 2002), inclusive e em especial o terceiro prestante da garantia fiduciária imobiliária, como explicitamente autorizado pelo superveniente art. 51 da Lei 10931/2004 e também implícito na remissão ao artigo 1427 pelo texto sobre propriedade fiduciária codificada de coisas móveis, do art. 1367, ambos do CC de 2002 (terceiro alienante, prestante de garantia real, no caso, do ônus dominial, mas não coobrigado na dívida e, por isso, desobrigado do pagamento a qualquer título) (RESTIFFE NETO; RESTIFFE, 2009, p, 138, sublinha nossa).

Estabelecida tal compreensão, é de se notar a necessidade de cumprimento de certos requisitos operacionais para regularidade da operação, mormente em caso de inadimplemento e necessidade de excussão.

Como existe a legítima expectativa e o interesse juridicamente protegido de que o terceiro prestante da garantia tenha o bem revertido ao seu patrimônio em caso de pagamento do empréstimo, eventual vencimento da dívida e constituição em mora deverão ser a ele igual e formalmente notificados, nos termos do artigo 26, § 1º da Lei 9.514/97.

Do mesmo modo, deverá ser notificado em caso de público leilão pelo credor consolidado, assim como de todos os atos e outras circunstâncias que potencialmente envolvam seus interesses em face da coisa alienada em garantia fiduciária, consoante jurisprudência anteriormente colacionada (REsp 16242/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 31/08/1992, DJ 21/09/1992, p. 15695, mais precisamente o item III da ementa), assim como a que segue:

Alienação fiduciária em garantia. Legitimidade do fiador.

Não se exime da responsabilidade o fiador, quando, ocorrendo busca e apreensão, o bem é vendido pelo credor, mas o valor não é suficiente para cobrir o débito, existindo saldo devedor remanescente.

Interpretação do artigo 66 da Lei 4.728/65, na redação do Decreto-lei 911.

Necessidade, entretanto, de que seja ele cientificado, pelo credor, de que o bem será vendido, para que possa pagar o débito, sub-rogando-se no crédito e na garan-

tia. Isso não se fazendo, não poderá ser responsabilizado pelo débito remanescente.
(REsp 140.894/PR, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, 2ª Seção, j. 14/06/2000, DJ 19/03/2001, p. 73)

Assim, demonstrada a possibilidade jurídica de prestação de alienação fiduciária em garantia por terceiro, com adoção de cautelas capazes de preservar seus interesses jurídicos.

Conclusão

Assentada a possibilidade de oferecimento de garantia de alienação fiduciária por terceiro em operação bancária, de forma geral, cumpre-nos retomar a questão na óptica de outros tipos de negócio jurídico.

Como oportunamente dito, é lícita a estipulação da alienação fiduciária em garantia em negócios jurídicos comuns, de natureza civil, comercial ou mesmo consumerista, não se podendo apenas lançar mão do procedimento especial que a lei confere às instituições financeiras.

De igual modo, tanto menos possíveis quaisquer resistências jurídico-judiciais ao uso da alienação fiduciária como garantia dada por terceiro no âmbito de financiamento de projetos, por se tratarem de operações grandes e complexas, com multiplicidade de sujeitos, todos bem assistidos do ponto de vista técnico enquanto partes ou intervenientes anuentes, figurando em diversos instrumentos contratuais e em que a operação é estruturada de modo que as garantias não sejam – em regra – realizadas.

Ante o exposto, conclui-se no sentido de que é juridicamente possível a prestação de alienação fiduciária em garantia por terceiro ou, dito de outro modo, terceiro pode ser alienante fiduciante em relação jurídica acessória de garantia à principal de empréstimo, tanto em operações bancárias, quanto em negócios jurídicos comuns, assim como em financiamento de projetos.

Referências

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

_____. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ASSUMPCÃO, Márcio Calil de. **Ação de busca e apreensão; alienação fiduciária**. São Paulo: Atlas, 2006.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRANCO, Luís Gustavo. Cláusulas Contratuais Bancárias Comerciais. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, ano IX, v. 1, n. 18, p. 91-130, maio 2014.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Alienação Fiduciária em Garantia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Manole, 2007.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Propriedade fiduciária imóvel**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.