



Fernando Rabello

20

PENHORA DE BEM MÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE: uma nova e necessária compreensão

SEIZURE OF CHATTELS UNDER MORTGAGE: a new and necessary interpretation

Alexandre Kotlinsky Renner

RESUMO

Explica que o bem móvel alienado fiduciariamente não pode ser alvo de constrição em processo de execução movido por terceiro contra o devedor fiduciante, uma vez que a coisa não compõe o patrimônio do executado, mas, sim, do credor fiduciário.

Propõe um desenlace diverso do que tem sido dado até agora pela jurisprudência à controvérsia, voltando os olhos mais à efetividade do processo de execução e à célere e produtiva resolução dessa demanda do que aos previsíveis e estancos desdobramentos jurídicos emanados da noção clássica de propriedade fiduciária.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Civil; penhora; bem móvel; alienação fiduciária; execução; garantia.

ABSTRACT

The author explains that the property held under chattel mortgage may not be subject to lien upon the execution filed against the mortgagor, since the chattel in question would not belong to him, but to the trust creditor.

He proposes a solution to the matter that has not yet been offered by jurisprudence so far, one focusing mostly on the execution suit effectiveness and its swift and productive conclusion, rather than on the predictable and stagnant legal outcomes originated from the classical concept of fiduciary property.

KEYWORDS

Civil Procedural Law; seizure/attachment; property/ chattel; chattel mortgage; execution; security.

1 INTRODUÇÃO

A questão da penhora sobre bem móvel alienado fiduciariamente, especialmente veículos, há muito vem atormentando os operadores da fase de execução, máxime aqueles que têm o dever de velar pela rápida solução do litígio¹. E a razão da aflição passa, ao que se nota, pelo equacionamento dado pela jurisprudência predominante ao problema. Consoante entendimento corrente nos tribunais², o bem móvel alienado fiduciariamente não pode ser alvo de constrição em processo de execução (cumprimento de sentença ou ação de execução de título extrajudicial) movido por terceiro contra o devedor fiduciante, uma vez que a coisa não compõe o patrimônio do executado, mas, sim, do credor fiduciário. Permitida, na linha dessa orientação, apenas a penhora de “direitos e ações” decorrentes do contrato de alienação fiduciária.

Sem embargo do brilho e da solidez dos argumentos que embasam essa visão, cujo cerne se encontra na assertiva de que o bem alienado fiduciariamente é de propriedade do credor fiduciário, mantendo o fiduciante tão-só a posse direta deste, a casuística tem demonstrado a insuficiência e ineficácia da solução preconizada pelos Pretórios, quando se tem em conta os feitos executivos onde constritos os apontados “direitos e ações”. A par da dificuldade prática de aferir valor certo e determinado para uma tal constrição, o que dificulta sobretudo a avaliação³ e, de consequência, futura alienação judicial⁴, sobrevêm como obstáculo, também, a indefinição manifesta sobre a natureza em si do bem que está sendo objeto da oferta pública, problemática essa que acaba por contribuir para que devedores inescrupulosos se utilizem maliciosamente do instituto da alienação fiduciária em garantia para blindar seus patrimônios.

Diante desse panorama, tem-se como meta com o presente estudo, nada além do que alvitar um desenlace diverso do que tem sido dado até aqui pela jurisprudência à controvérsia, voltando

os olhos mais à efetividade do processo de execução (cumprimento de sentença ou ação de execução de título extrajudicial) e à célere e produtiva resolução dessa demanda, do que aos previsíveis e estanques desdobramentos jurídicos emanados da noção clássica de propriedade fiduciária.

2 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM MÓVEL

Na lição de José Carlos Moreira Alves, examinando-se a estrutura da alienação fiduciária em garantia, tal como disposta em lei, verifica-se que se trata de negócio jurídico bilateral, que visa a transferir a propriedade de coisa móvel com fins de garantia. (ALVES, 1987, p. 51)

Tal conclusão se extrai tanto do art. 66 da Lei n. 4.728/65 quanto do art. 1.361, *caput* e § 2º, do CC/02.

Reza o *caput* desse último dispositivo: *Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.* E o § 2º: *Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.*

Da natureza acessória do pacto de alienação fiduciária e de seu caráter eminentemente protetivo do crédito emana a extrema proximidade desse contrato com outras figuras jurídicas, especialmente penhor e hipoteca [...]

Avulta de extrema importância, no tópico, ressaltar o caráter acessório desse pacto. Nas palavras do doutrinador acima citado, como ocorre com os contratos que são títulos de aquisição dos direitos reais de garantia (penhor, anticrese e hipoteca), é a alienação fiduciária contrato acessório daquele de que decorre o crédito que a propriedade visa a garantir. (ALVES, 1987, p. 90)

3 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E AS FIGURAS AFINS

Da natureza acessória do pacto de alienação fiduciária e de seu caráter emi-

nentemente protetivo do crédito emana a extrema proximidade desse contrato com outras figuras jurídicas, especialmente penhor e hipoteca, também idealizadas pelo sistema pátrio para garantia do crédito⁵.

A diferença está em que o negócio fiduciário, em relação aos tradicionais institutos, apresenta-se infinitamente mais vantajoso aos parceiros contratuais, mormente ao credor. Tocante aos bens móveis, ponto de interesse nesse ensaio, a par de permitir o pleno uso e fruição do bem dado em garantia pelo devedor, o que nem sempre acontece no penhor⁶, a propriedade fiduciária, nos moldes em que foi concebida, demanda muito menor custo e tempo para resgate do crédito⁷, ficando o credor, de outro canto, imune a privilégios em favor de certas pessoas, sobretudo do Estado⁸.

Através de um tal prisma, portanto, justifica-se inteiramente a consagração do instituto pelo sistema, sendo a tutela da propriedade fiduciária imperativo lógico à sua preservação jurídica.

4 A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA COMO MEIO DE GARANTIA DO CRÉDITO E NÃO COMO FORMA DE INSTITUIÇÃO DE PODER DOMINIAL PLENO SOBRE A COISA

Da dicção do art. 1.361 do CC/02,

conclui-se que a propriedade fiduciária é propriedade resolúvel, ou seja, limitada. Propriedade resolúvel, na pena abalizada de Silvio Rodrigues, é a que encontra, no próprio título que a constitui, uma razão de sua extinção, de modo que o direito de propriedade perece pelo advento da causa extintiva, independentemente da vontade do titular do domínio. (RODRIGUES, 1983, p. 82)

Dissertando especificamente sobre a propriedade fiduciária, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento preleciona: *a propriedade fiduciária é uma propriedade*

de conteúdo limitado, dando a seu titular, o credor da dívida, diminutos poderes. No momento em que se perfaz a alienação fiduciária, por força de lei opera-se o desmembramento possessório. O devedor fica com a posse direta, como depositário, titularizando-se na usufruição do bem, enquanto o credor adquire a posse indireta. Induvidoso, portanto, nessa compreensão, que o proprietário fiduciário não tem direito de usar, fruir e dispor do bem. Tem somente interesse dominial sem qualquer utilidade presente, restando-lhe somente o direito à restituibilidade do objeto da posse. O titular da propriedade fiduciária também não pode constituir sobre o objeto da garantia qualquer direito pessoal ou real, como locar, dar por empréstimo, aliená-lo, empenhar, etc. Como proprietário, só tem o poder jurídico sobre a substância da coisa, lembrando muito seu poder dominial como uma propriedade desnudada, sem direito a exercer qualquer utilidade. (NASCIMENTO, 2003, p. 126)

É de fácil constatação, pois, que a propriedade fiduciária, tal como instituída no nosso ordenamento, tem o único e firme propósito de assegurar ao credor a integral percepção de seu crédito, da maneira mais rápida e segura possível, relegando a questão dominial a plano secundário, meramente instrumental.

A essência das normas que qualificam o direito do proprietário fiduciário é, assim, inquestionavelmente de garantia, não de real transmissão de domínio.

5 O DIREITO EFETIVAMENTE SUSTENTADO PELO CREDOR FIDUCIÁRIO

Proseguindo na linha desse raciocínio, permite-se alcançar a conclusão de que o poder dominial do credor fiduciário é utilizado como simples ferramenta para legitimar a expedita obtenção da restituição do crédito cedido ao fiduciante. Cuida-se de autêntica ficção jurídica.

Nada mais do que isso.

Caso o preço oferecido suplante o valor do crédito objeto da fidúcia, deverá o credor/arrematante depositar o excedente, cujo montante será distribuído ao terceiro/exequente, observados os privilégios e preferências legais.

Tanto assim que o art. 1.364 do CC/02 expressamente estabelece que, vencida e não paga a dívida, *fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor* (Grifo nosso). E, nessa sintonia, o caput do art. 1.365 *taxa de nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento*.

Isso equivale a dizer que, mesmo na inadimplência contratual do devedor fiduciante, não retomará o credor o direito ao domínio pleno da coisa, pois dela não poderá se utilizar como melhor lhe aprouver – atributo próprio e condicionante do direito ilimitado de propriedade⁹ –, mas tão-somente aliená-la a terceiros.

A lição de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (2003, p. 127) dá eco a esse entendimento, ressaltando que o credor

ao receber o bem do devedor, ou recuperá-lo judicialmente pelo fato do não-pagamento da dívida no prazo, **não se faz dono do móvel** que lhe foi entregue. O objetivo da entrega da coisa ao credor é **lhe oportunizar se cobrar da dívida**, exercendo e efetivando o direito de **garantia** que tem. (Grifo nosso)

Ora, se assim é, se o credor, no descumprimento do pacto principal, efetivamente não se torna o *dominus da coisa*, não se afigura equivocada afirmar que, em realidade, o que verdadeiramente integra seu patrimônio não é o **bem** alienado fiduciariamente, como se tem repetido insistentemente, mas sim o **crédito** (*rectius* o **valor**) a que ele corresponde.

É exclusivamente o **equivalente em dinheiro ao bem** que, ao fim e ao cabo, lhe é devido. É essa a única pretensão que poderá legitimá-lo ao uso dos mecanismos judiciais e extrajudiciais postos à sua disposição pela lei.

6 A PENHORA DO BEM MÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE EM EXECUÇÃO MOVIDA POR TERCEIRO CONTRA O DEVEDOR FIDUCIANTE E A MANUTENÇÃO DO DIREITO DE CRÉDITO ORIUNDO DO CONTRATO

Na esteira do que até aqui foi dito, não parece desarrazoado advogar a tese de que é possível a realização da penhora sobre o bem móvel alienado fiduciariamente em execução movida por terceiro contra o devedor fiduciante, desde que resguardado o direito ao crédito do credor fiduciário.

Com efeito, se a transformação do bem em dinheiro, como se viu, é o propósito basilar da propriedade fiduciária, e se esse escopo também imanta a execução por quantia certa contra devedor solvente¹⁰, razão nenhuma existe para se evitar uma tal constrição, desde que, reprise-se, priorize-se o saldo da arrematação ao credor fiduciário.

O contrato de alienação fiduciária em garantia, pensado dessa forma, estará inclusive respaldando o art. 421 do CC/02¹¹, cumprindo sua função social, uma vez que seus efeitos irão se expandir *ultra partes*, contribuindo para a resolução de conflitos alheios, permitindo, enfim, que sua eficácia seja compartilhada com o meio social. Como escreve Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 132), citando Antônio Junqueira de Azevedo, *o jurista não pode ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade*.

À sombra dessas ponderações é que se funda a conveniência de decretar-se automaticamente, mesmo na ausência de mora do devedor fiduciário, o vencimento antecipado da dívida garantida, na vicissitude de haver a arrematação da coisa em execução movida por terceiro¹². Cercar o pacto de uma proteção intransponível, tutelando apenas o interesse do agente fiduciário, nessa circunstância, traduz uma exegese de caráter excessivamente privatística, em detrimento do corpo social e do seu bom desenvolvimento, o que não se coaduna com a moderna doutrina contratual, voltada também para o interesse público dos negócios jurídicos.

Como professa o já citado Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 133), agora com base nos ensinamentos de Giovanni Ettore Nanni, *os contratos atualmente cada vez mais interferem em terceiros, espalhando seus efeitos à comunidade, em que devem ser protegidas também as partes não contratantes, admitindo-se também a intervenção nos negócios quando o*

contrato não estipular uma função social, uma vez que o contrato não é mais limitado às partes, transcendendo e outorgando uma função social frente a toda sociedade.

Note-se que não haverá qualquer prejuízo de ordem financeira ao credor fiduciário, uma vez que estará recebendo o valor exato da coisa.

A possibilidade de o bem vir a ser arrematado por valor inferior à avaliação judicial¹³, o que, em tese, poder-lhe-ia render alguma perda, não é suficiente a abalar a proposição. O risco de a alienação da coisa não alcançar sua real estimativa, comprometendo o resgate do crédito, também se estende à situação em que o próprio credor fiduciário vende o bem nos moldes do Decreto-lei n. 911. A álea é inerente ao negócio.

Ademais, entendida a propriedade fiduciária como pura ficção jurídica destinada exclusivamente a assegurar o valor a que corresponde o bem alienado, nada obsta que, havendo interesse¹⁴, venha o credor fiduciário a concorrer como lançador no leilão, a fim de obter o domínio pleno do bem e evitar suposto dano patrimonial. Resultando vencedor, o preço ofertado, se inferior ao crédito objeto do contrato, será abatido da dívida, adquirindo o credor fiduciário a propriedade plena da coisa, é dizer, livre do gravame. Não necessitará, nessa hipótese, exibir o preço¹⁵, restando resolvido o pacto de alienação fiduciária em garantia, malgrado fique o devedor obrigado pelo saldo¹⁶.

Caso o preço oferecido suplante o valor do crédito objeto da fidúcia, deverá o credor/arrematante depositar o excedente, cujo montante será distribuído ao terceiro/exequente, observados os privilégios e preferências legais. Nesse caso, ter-se-á por resolvido o contrato principal e o acessório de garantia, adquirindo o credor fiduciário da mesma forma o domínio absoluto do bem.

Registre-se, por derradeiro, que a prioridade do credor fiduciário, emanada da propriedade fiduciária que detém, não constitui mero privilégio ou preferência no concurso que se estabelecerá na fase executiva do recebimento do dinheiro¹⁷. O credor fiduciário possui muito mais do que isso. Ele é, nesse caso, dada a natureza e magnitude de seu direito, o destinatário exclusivo do produto da venda, até o limite de seu crédito perante o executado.

Estará ineficaz, assim, a quaisquer outras vantagens creditórias conferidas pelo direito material, inclusive trabalhistas ou pertencentes à Fazenda Pública.

7 VANTAGENS DA PENHORA DO BEM SOBRE A PENHORA DE SIMPLES “DIREITOS E AÇÕES” DECORRENTES DO CONTRATO

As vantagens de se autorizar a penhora sobre o bem alienado fiduciariamente, e não apenas sobre os “direitos e ações” que emergem do pacto, são

É cediço que hodiernamente as arrematações judiciais não têm logrado êxito fácil. Seja pela escassez de dinheiro, fruto de uma economia estagnada, seja pelo desconhecimento público da oferta [...]

inúmeras, bastantes, ao que imaginamos, para justificar a mudança de postura em relação à matéria.

O mais relevante proveito, indiscutivelmente — e essa a motivação que nos trouxe à reflexão —, é do processo de execução (cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial) movido pelo terceiro em desfavor do devedor fiduciante.

É cediço que hodiernamente as arrematações judiciais não têm logrado êxito fácil. Seja pela escassez de dinheiro, fruto de uma economia estagnada, seja pelo desconhecimento público da oferta, seja, ainda, pelo mero desinteresse na aquisição da coisa, certo é que a venda judicial com frequência não atinge o seu desiderato, atravancando a solução definitiva da execução, que acaba se arrastando por sucessivos leilões negativos, não raro ano após ano.

Diante desse cenário, é imperativo que se abandonem, nos limites do possível, práticas que contribuam para fortalecer as causas obstaculizadoras da alienação judicial positiva, evitando ao máximo a penhora de bens ou direitos que não angariam interesse mercadológico, favorecendo, por outro lado, a constrição daqueles que evidentemente geram maior disposição de compra.

Nessa esteira, indubitável que a penhora de simples “direitos e ações” do devedor fiduciante frente ao contrato, em prejuízo do próprio bem, destoa desse posicionamento.

Efetivamente, como já se pincelou ao início dessas linhas, além de tornar a avaliação judicial seriamente comprometida¹⁸,

o que acaba por desaguar na futura arrematação, transformando esse ato em fonte de óbvia insegurança, é notório o diminuto, para não dizer inexistente, interesse público pelo objeto dos leilões.

E o parco entusiasmo pelos leilões tem razões fundadas.

Primeiro, note-se que a própria fórmula genérica “direitos e ações” não especifica exatamente o que, de fato e objetivamente, encerra, o que, por si só, basta para gerar legítima dúvida em even-

tual lançador, criando-lhe uma expectativa justificadamente negativa do que está sendo ofertado. E, convenha-se, ninguém estará disposto a adquirir coisa que não consiga antecipadamente identificar e dimensionar com clareza e exatidão.

Indo além, é de dizer-se que, mesmo assim não fosse, os alardeados “direitos e ações” não guardam expressão econômica precisa e atual, não passando, concretamente, de vaga e funesta expectativa.

Realmente, segundo se colhe de alguns julgados, o termo “direitos e ações”¹⁹ corresponderia ao rol de direitos subjetivos sustentados pelo devedor fiduciante em função do contrato de alienação fiduciária em garantia, com especial destaque para a faculdade de aquisição da propriedade do bem com o implemento da condição resolutive do pacto fiduciário ou, subsidiariamente, do recebimento do saldo operado na venda do bem promovida pelo fiduciário para a satisfação de seu crédito²⁰.

Pois bem, se essa é a noção correta, impõe-se concluir, desde já, que, em verdade, o que será levado à arrematação é um bem completamente indefinido ao tempo da arrematação. Os “direitos e ações” só se materializarão de acordo com a conduta do fiduciante frente ao pacto de alienação. Caso o executado/fiduciante continue honrando seu compromisso diante do agente fiduciário (o que, diga-se, é pouco provável, considerando a perspectiva de futura perda da coisa), terá o arrematante ao final da avença o direito de propriedade plena sobre a coisa²¹. Inadimplente o executado/fiduciante

em face do financiador (o que é bastante provável), vendido o bem e satisfeito o crédito do credor fiduciário, arrecadará o arrematante o saldo, se houver.

Ora, nesse quadro, não é de se estranhar o desinteresse dos lançadores pelos citados “direitos e ações”.

Calha assentar, no ponto, ainda, que não há respaldo jurídico para a transferência da posse *in continenti* do bem alienado fiduciariamente para o arrematante, antes da quitação do pacto fiduciário, circunstância que pragmaticamente elimina o proveito da oferta pública para o lançador.

Deveras, na compreensão de que é indevida a penhora da coisa alienada fiduciariamente em execução movida por terceiro contra o fiduciário, flagra-se estrita atenção ao programa contratual estabelecido entre financiador e devedor. Destarte, nessa mesma ordem de ideias, parece curial que se respeite também, a bem da coerência, o disposto no pacto acerca da posse direta da coisa e seu depósito. Em outros termos, enquanto vigorar o contrato, descabe outorgar a posse do bem a terceiro, à revelia do financiador, sob pena de romper-se o princípio da liberdade contratual²². Se o pretendido é preservar a propriedade fiduciária, na visão clássica desse instituto, é de rigor que se mantenha intocada, então, toda a base contratual adredemente montada²³.

se cobrar) ou da própria coisa alienada (caso o executado/fiduciante continue honrando seu compromisso diante do agente fiduciário), expectativa essa que, para ser concretizada, repita-se, dependerá da conduta do devedor frente ao contrato financeiro.

E é desse mar de incertezas, desse terreno fértil em morosidade e em falta de objetividade, que se nutre e escuda o devedor ardiloso e renitente, para quem a propriedade fiduciária, reconheça-se, nada mais é do que a doce e confortável possibilidade de usar e gozar do bem (frequentemente de valor vultoso) sem ser perturbado por seus credores ordinários, bastando que atenda às expectativas financeiras do agente fiduciário²⁵.

Nesse enfoque, dessarte, afiguram-se de meridiana clareza os reais benefícios ao processo executivo (cumprimento de sentença ou ação de execução de título extrajudicial) que a penhora da própria coisa produzirá.

Além de extirpar dúvidas quanto ao *quê* e ao *quanto* está sendo levado a leilão, a constrição direta do bem evitará maiores delongas no tramitar do feito e rechaçará a possibilidade de interrupção de seu curso, pondo-o a salvo de expedientes tendentes a chicana e a controvérsias diversas. Estar-se-á dando **efetividade** e **celeridade** à execução, provocando uma rápida resposta ao inte-

frágil e inconsistente, pois além de afastar a possibilidade de prisão (até porque não há materialização do bem penhorado no ato da constrição, não se podendo falar, portanto, em depósito), não impede que o executado/fiduciante transfira subrepticamente a coisa, esvaziando completamente a perspectiva de realização do crédito, inclusive do fiduciário²⁸.

8 IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIDA

À mingua de previsão legal e da similitude de situações, a operacionalização da penhora do bem alienado fiduciariamente deve seguir, por analogia, a orientação do sistema no que tange aos créditos dotados de garantias reais.

Isso quer dizer que, uma vez constri- ta a coisa, torna-se imperiosa a intimação do credor fiduciário, *ex vi* do art. 615, II, do CPC, diligência que deverá ser cumprida pelo credor/exequente, pena de ineficácia da futura alienação, conforme cominação do art. 619 do mesmo *Codex*.

Em razão do vínculo entretido com o bem, mister é que, a partir da intervenção, passe o credor fiduciário a ser intimado dos demais atos processuais, mormente dos leilões, na forma do art. 698 do CPC.

Realizada a venda (perante a qual, como já referido, havendo interesse, poderá o financiador inclusive concorrer), o dinheiro arrecadado será entregue ao credor fiduciário, com absoluta prioridade²⁹, no limite de seu crédito, que será devidamente comprovado nos autos da execução, à vista da memória de cálculo atualizada que deverá apresentar. A ele não caberá crédito relativo a honorários de advogado, uma vez que não foi o promovente da ação de execução. As despesas concernentes ao processo de execução (cumprimento de sentença ou ação de execução de título extrajudicial), por outro lado, deverão ser resolvidas exclusivamente pelos figurantes do polo ativo e passivo dessa execução, excluída a participação do credor fiduciário, que não é de qualquer modo parte no feito.

Satisfeito integral ou parcialmente o crédito fiduciário, fica resolvido o contrato firmado entre executado/fiduciante e fiduciário, passando este à quitação da quantia paga, por termo nos autos³⁰. Sobejando valor, a importância será distribuída ao exequente. Faltando, caberá ao agente fiduciário continuar perseguin-

[...] a execução, onde implementado o leilão dos malfadados “direitos e ações”, restará paralisada durante período indeterminado de tempo, até que o objeto da arrematação se transforme em algo apropriável.

A perspectiva para o arrematante nos leilões, portanto, é realmente sinistra: dependendo do caso, jamais terá o retorno de seu investimento e/ou usufruirá a coisa. Não receberá nem o dinheiro nem o bem²⁴.

Ao lado desse quadro aterrador, cumpre registrar que a execução, onde implementado o leilão dos malfadados “direitos e ações”, restará paralisada durante período indeterminado de tempo, até que o objeto da arrematação se transforme em algo apropriável. Sim, porque como aduzido, os “direitos e ações” nada mais são do que mera expectativa de recebimento de um certo valor (caso o executado/fiduciante descumpra o contrato e o agente financeiro venda o bem para

resse das partes envolvidas no processo, por vezes inclusive do agente fiduciário, o que, em última análise, harmoniza-se com os mais atuais anseios sociais.

Mas não é só. Na medida em que se admite a constrição do próprio bem alienado fiduciariamente, em prejuízo dos “direitos e ações” emergentes do contrato, amplia-se a garantia de realização dos créditos pendentes. De efeito, abre-se a possibilidade de desapossamento imediato do devedor da *res pignorat*²⁶ ou da nomeação desse como depositário judicial, com todas as consequências daí decorrentes²⁷. Oportuno destacar, no tópico, que, diversamente, a penhora dos simples “direitos e ações” perfaz garantia assaz

do seu crédito em demanda aparelhada para tal fim³¹.

Fundamental explicitar que, como já mencionado, a arrematação efetivada põe termo ao contrato de alienação fiduciária em garantia, tenha ou não o fiduciário recebido o valor integral de seu crédito. Essa conclusão decorre tanto da interpretação elástica ao art. 1367 c/c o art. 1436, V, ambos do CC/02³², quanto da exegese também ampliativa do art. 1268 do CC/02³³.

Ao arrematante, assim, será deferida a propriedade plena do bem, é dizer, livre do gravame.

Importante assinalar que, seguindo a linha de raciocínio que ora se apresenta, eventuais embargos de terceiro³⁴ manejados pelo credor fiduciário contra o exequente, nessa senda, reclamam pronta extinção, impondo-se o indeferimento da inicial, frente à manifesta carência de interesse de agir³⁵. De fato, se nos autos da execução poderá o proprietário fiduciário exercer plenamente a tutela de seu crédito, sem qualquer cerceamento ou prejuízo financeiro, como buscou-se demonstrar, não há porque se permitir a ele que se valha dos embargos de terceiro para obstar a penhora e a venda da coisa. Tudo o que lhe é de direito lhe será reservado no processo de execução (cumprimento de sentença ou ação de execução de título extrajudicial).

Questão interessante a tratar, ainda, diz com a utilização pelo credor fiduciário da ação de busca e apreensão, medida legal e legítima que se põe a seu dispor na eventualidade da mora contratual do executado³⁶.

In casu, duas hipóteses podem surgir.

A primeira, quando a busca e apreensão foi requerida (*rectius* distribuída) antes da cientificação do agente fiduciário acerca da ação executiva promovida pelo terceiro. Nessa contingência, o prosseguimento regular da busca e apreensão se apresenta de rigor, com todos os seus desdobramentos. Eventual penhora do bem, aí, não deverá prevalecer, abrindo-se oportunidade para a retificação do correspondente auto ou termo, fazendo dele constar, agora, a constrição sobre o eventual “saldo” remanescente da venda da coisa pelo fiduciário. A penhora, na espécie, será perfectibilizada no rosto dos autos da ação de busca e apreensão, nos moldes do art. 674 do CPC.

Diferente a solução, contudo, se a busca e apreensão foi ofertada após a devida ciência do fiduciário da constrição levada a cabo na ação de execução do terceiro. Aqui, descaído ao agente fiduciário insistir na tramitação da demanda, porquanto o resultado que irá com ela alcançar já obterá junto à executiva. À semelhança do que acontece na hipótese de ajuizamento de embargos de terceiro, e pelos mesmos fundamentos, oportuna também aqui a pronta extinção da busca e apreensão.

Uma última nota merece o art. 66, § 8º, da Lei n. 4.728/65, até para que se afastem argumentos *ad terrorem* contrários à tese que ora se abraça. Tal dispositivo informa que 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*. Ora, obviamente que, sendo a penhora um ato de império do Estado, ausente a vontade do devedor tendente à fraude, não se há de cogitar de crime no caso. Não existe tipicidade na conduta do executado, pelo que se alija a infração penal.

9 CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, parece evidente que a questão envolvendo a penhora de bens móveis alienados fiduciariamente pode e deve receber novo enfrentamento jurídico, cujo resultado deita raízes na flexibilização da propriedade fiduciária em prol de um interesse maior, de caráter eminentemente público, que é o de dar efetividade às execuções movidas por terceiros contra o devedor fiduciante, entendimento esse que, como se pretendeu demonstrar, não viola o sistema e não prejudica o sentido teleológico do instituto.

Como já se escreveu, a *sociedade contemporânea está a sofrer mudanças. A alteração da realidade exige inovações e adaptações dos modelos existentes. Mais especificamente, no campo do processo, há a necessidade de inovações e adaptações que resultem em um processo mais célere e efetivo para assim evitar um distanciamento da realidade social, fazendo com que o direito não perca a sua função reguladora e transformadora da sociedade, objetivado o alcance dos fins democráticos*. (OBARA, 2003, p. 90-155)

NOTAS

- 1 Art. 125, II, do CPC.
- 2 *Cf.*, AC n. 70005718986, 1ª Câmara Especial Cível, TJ/RS, Relator Dr. Túlio de Oliveira Martins, j. 29-09-03; AI n. 70006533814, 1ª Câmara Cível, TJ/RS, Relator Des. Luiz Felipe Silveira Difini, j. 10-06-03; RESP n. 382688, 2ª Turma do STJ, Min. Eliana Calmon, j. 19-08-02; e RESP n. 260880, 5ª Turma do STJ, Min. Félix Fischer, j. 12-02-01. Desse teor é a Súmula 242 do extinto TFR, *verbis*: *O bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de penhora nas execuções ajuizadas contra o devedor fiduciário*.
- 3 Arts. 680 a 685 do CPC.
- 4 Arts. 685-A a 707 do CPC.
- 5 Arts. 1.419 a 1.505 do CC/02.
- 6 Art. 1.431 do CC/02.
- 7 Sobrevinda a mora, tem o credor fiduciário a sua disposição o manejo da ação de busca e apreensão, meio processual de notória celeridade procedimental (arts. 2º e seguintes do Decreto-Lei n. 911/69, em suas novas redações, dadas pela Lei n. 10.931/04).
- 8 De fato, no concurso de preferências na fase final da expropriação, preceidem ao credor com garantia real, além do titular de crédito trabalhista, as pessoas de direito público titulares de crédito fiscal (art. 168 do CTN).
- 9 Art. 1.228 do CC/02: *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha* (Grifo nosso).
- 10 Art. 646 do CPC.
- 11 *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*.
- 12 A solução não agride ao sistema. É exatamente isso que acontece no penhor. O credor pignoratício não pode se opor à penhora e à venda judicial do bem em execução movida por terceiro contra o mesmo devedor (arts. 615, II, e 619, ambos do CPC). A arrematação extinguirá a garantia (art. 1.436, V, do CC/02), restando a ele somente se sub-rogar no preço, pelo equivalente de sua dívida. Em relação à propriedade fiduciária, outra não há de ser a solução, seja pela equiparação ontológica desse instituto com o penhor, seja por força do que preceitua o art. 1.367 do CC/02, que manda aplicar à propriedade fiduciária, no que couber, o art. 1.436 do mesmo Diploma.
- 13 Arts. 680 a 685 c/c art. 692, *caput*, todos do CPC.
- 14 Embora improvável, pode-se cogitar de interesse, por exemplo, quando o credor fiduciário verificar que o valor do bem é menor do que poderia ele obter posteriormente, em futura negociação privada.
- 15 Art. 690-A, parágrafo único, do CPC.
- 16 Art. 1366 do CC/02.
- 17 Art. 711 do CPC.
- 18 Dada a dinâmica natural do contrato de alienação fiduciária em garantia, problemática será a obtenção de um valor exato, no momento dos leilões, do crédito atual do executado frente ao credor fiduciário.
- 19 Que tem arrimo no art. 655, XI, do CPC.
- 20 Com esse teor, confira-se AC 70003936192, 2ª CC do TJ/RS, j. em 24-11-04,

- e AC 70010076073, 20ª CC do TJ/RS, j. em 17-11-04.
- 21 Esse direito sobre a coisa se perfectibilizará na exata medida do que foi arrematado. Se o objeto do leilão foi, por exemplo, 60% das prestações, e o fiduciante permaneceu adimplindo o restante do contrato, é esse percentual de propriedade plena sobre o bem que irá alcançar o arrematante. Haverá, no caso, indesejado condomínio sobre a coisa, formado entre o fiduciante-adimplente e o arrematante.
 - 22 Esse preceito consiste no poder que têm as partes contratantes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contratante e de fixar o conteúdo do contrato. Sobre o tema, ver Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, Saraiva, 3. ed., v. 1, 1999, p. 63.
 - 23 Relevante registrar que o financiador pode estabelecer uma série de requisitos subjetivos e objetivos para firmar o contrato, não sendo legítimo ao Poder Judiciário determinar, assim, que de inopino a posse do bem (que, enfim, é a única garantia do crédito) seja outorgada a um terceiro, completamente alheio a seu conhecimento e às obrigações contratuais.
 - 24 Formule-se a hipótese de o leilão judicial ter levado à venda os “direitos e ações” correspondentes ao pagamento de 30% do financiamento. O arrematante adquire esses “direitos e ações” por certo valor e, algum tempo depois, o bem é vendido pelo fiduciário, diante da inadimplência do executado/fiduciante. Ocorre que, em face do estado depreciado da coisa, essa não atinge o montante do crédito sustentado pelo agente financiador. Nesse caso o arrematante não usufruiu o bem e não irá receber absolutamente nada daquilo que investiu.
 - 25 Não são exceções os casos em que o credor, perplexamente, se depara com o devedor na posse de veículos de luxo, cuja prestação, ou algumas delas reunidas, seria(m) suficiente(s) a satisfazer a integralidade da dívida.
 - 26 Por efeito do art. 664 do CPC, segundo o qual a penhora considerar-se-á feita com a apreensão e depósito do bem.
 - 27 Inclusive a prisão por depósito infiel, medida que não tem sido admitida por parcela substancial da doutrina e da jurisprudência, na hipótese de depósito decorrente apenas do contrato de alienação fiduciária.
 - 28 Até porque, repita-se, em face do que vem se entendendo, incabível a prisão por depósito infiel originário de contrato de alienação fiduciária em garantia.
 - 29 Já que, como assentado retro, o crédito por ele brandido não fica sujeito a qualquer espécie de concurso, prevalecendo a privilégio ou preferência, inclusive de natureza trabalhista ou tributária.
 - 30 Art. 709, parágrafo único, do CPC.
 - 31 Art. 1.366 do CC/02.
 - 32 Os quais preveem a extinção da alienação fiduciária dando-se a venda da coisa feita pelo fiduciário ou por ele autorizada.
 - 33 O qual atribui, modo inovador, natureza “originária” (não mais derivada) à aquisição da propriedade mobiliária em leilão público, desde que não tenha o arrematante obrado de má-fé.
 - 34 Arts. 1.046 *usque* 1.054 do CPC.
 - 35 Art. 295, III, c/c 267, VI, ambos do CPC.
 - 36 Arts. 3º e seg. do Decreto-Lei n. 911/69, com redação dada pela Lei n. 10.931/04.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed. 1987.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1999, v.1.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. Coleção Prof. Agostinho Alvin. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Posse e propriedade*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.
- OBARA, Hilbert Maximiliano A. Celeridade e efetividade do processo. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v. 30, n. 90, p. 145-146, jun, 2003.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 5.

Artigo recebido em 15/4/09.

Alexandre Kotlinsky Renner é juiz de direito no Rio Grande do Sul.