

# Os efeitos do artigo 185 do Código Tributário Nacional sobre a alienação fiduciária em garantia de veículos

**Autor: Gustavo Chies Cignachi**

Juiz Federal Substituto

publicado em 16.12.2011

 

## Introdução

A disciplina da alienação fiduciária, desde sua introdução no ordenamento, mas especialmente na última década, tem-se apresentado como instrumento jurídico indispensável de garantia do mercado na negociação e no financiamento em massa de bens duráveis, sejam móveis, sejam imóveis. Com o aumento do crédito decorrente da estabilização econômica, os veículos e os imóveis ditos “alienados” passaram a fazer parte do cotidiano brasileiro.

A nova realidade patrimonial da sociedade brasileira acabou por entrar em choque com a disciplina da execução fiscal. Não são raras as oportunidades em que o devedor tributário não possui qualquer bem para o pagamento do crédito público, exceto um veículo alienado fiduciariamente para alguma instituição financeira.

Considerando que esse bem não compõe juridicamente o patrimônio do devedor, um verdadeiro tumulto processual se instala com a penhora sobre direitos à futura propriedade plena da coisa, caso quitado o financiamento. A alienação de direitos aquisitivos em hasta pública, rotineiramente, mostra-se ineficaz; e o pagamento integral do débito com a instituição fiduciária, uma ilusão.

Instala-se uma situação, no mínimo, inusitada. De um lado, o credor tributário, dotado de todas as garantias legais e processuais, que nada recebe. Do outro, um credor privado que todo mês recebe seu crédito pontualmente, pois atormenta o devedor com a possibilidade de apreensão do bem. No meio, o devedor tributário que, apesar de não adimplir suas obrigações com a coletividade, goza de todas as benesses da posse de um bem que, na verdade, não é seu, repassando parcelas ao credor privado que, caso respeitadas as preferências legais, deveriam estar sendo pagas à Fazenda Pública.

O quadro, em um primeiro olhar, parece irreversível, pois, como afirmado e reafirmado pela jurisprudência com muita propriedade, o bem alienado não é do devedor, não podendo terceiros responder pelo débito.

No entanto, o legislador, especialmente com a promulgação da Lei Complementar 118/2005, já buscou ajustar os instrumentos jurídicos para um exercício real do direito de preferência do crédito público. A confusão dos conceitos e a complexidade do “acordo fiduciário” podem ser as barreiras que impedem uma aplicação incisiva e efetiva do artigo 185 do Código Tributário Nacional à alienação fiduciária, sendo pretensão deste trabalho lançar algumas luzes sobre o assunto.

## Parte I – Do artigo 185 do Código Tributário Nacional

### 1 O novo marco de incidência do artigo 185 e a fraude contra a Fazenda

A Lei Complementar 118/2005 trouxe significativa alteração nas disposições do artigo 185 do Código Tributário Nacional.

Na redação original da norma, a presunção de fraude dependia da existência de “crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução”, devendo o aplicador aferir se o negócio jurídico praticado pelo devedor fora celebrado antes ou após sua citação na execução fiscal já proposta.

Tratava-se de verdadeira “fraude à execução fiscal”, pois fraudulento seria o negócio jurídico lesivo ao processo executivo. A configuração da fraude prevista na norma tributária dependia da instauração do procedimento especial de cobrança.

No entanto, o texto legal passou a ter a seguinte redação:

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou a oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.”

A inscrição regular em Dívida Ativa, mesmo que ainda não executado o crédito na esfera judicial, tornou-se o marco jurídico para a incidência da norma. Como referido com muita propriedade por Nelson Monteiro Neto, **(1)** não se poderia mais falar em “fraude à execução fiscal”, mas apenas em “fraude contra a Fazenda”, pois a hipótese legal teve sua incidência antecipada para antes da propositura de qualquer processo executivo fiscal.

Agora, a ocorrência da fraude pode ter lugar antes mesmo da execução fiscal, sendo esta apenas a seara processual na qual a hipótese poderá ser aventada pela Fazenda Exequente e reconhecida pelo juízo, restando ao terceiro adquirente a defesa pela via dos embargos de terceiros. Quer dizer, a fraude à Fazenda perdeu seu liame processual, consolidando-se como verdadeira norma de Direito Material.

## **2 Requisitos e efeitos da norma prevista pelo artigo 185**

São requisitos expressamente previstos pela norma tributária para a ocorrência da fraude contra a Fazenda: (i) a regular inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa; (ii) a celebração de negócio jurídico visando à alienação ou à oneração de bens ou rendas após a inscrição; e (iii) a ausência de outros bens ou rendas reservados pelo devedor, suficientes para o pagamento do débito.

Apesar de não expressamente previsto, considerando uma interpretação sistêmica no Código Tributário, é requisito, ainda, para a incidência do artigo 185, a exigibilidade do crédito inscrito ao tempo do negócio jurídico. É indispensável que não estejam presentes quaisquer das causas de suspensão da exigibilidade ou extinção do crédito, fatores que elidem os efeitos da própria inscrição.

Presentes todos os requisitos, o devedor inscrito passa à situação que podemos descrever como de “insolvência tributária”, mesmo que ainda não regularmente citado em execução fiscal. O poder de disponibilidade de seus bens sofre uma “desqualificação jurídica”. Todo ato do contribuinte com a finalidade de “alienação ou oneração de bens ou rendas”, desde o momento de sua existência no mundo jurídico, carregará a presunção de fraude em favor da Fazenda Pública, como decorrência da situação patrimonial do alienante/devedor no momento do acerto.

É importante destacar novamente que as disposições do artigo 185 não estão limitadas à seara processual, mas possuem caráter substantivo. Na verdade, a presunção de fraude contra a Fazenda, em sua atual configuração, passou a figurar no ordenamento como uma hipótese de ineficácia dos negócios jurídicos privados em favor do Fisco, com origem

em norma de Direito Público, sendo que a decisão que a reconhece no bojo do processo executivo tem efeitos meramente declaratórios.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1141990/PR,(2) esgotou a análise do instituto, firmando três premissas fundamentais:

a) o artigo 185 do CTN é norma especial, portanto, inaplicáveis à execução fiscal as regras da execução civil privada, afastando-se a Súmula 375 da Corte;(3)

b) a “fraude fiscal”,(4) por ser espécie de fraude de execução, tem caráter objetivo, dispensando a prova do *concilium fraudis*, bastando a alienação posterior à inscrição do crédito tributário;

c) o artigo 185 traz presunção *jure et de jure*, absoluta, não comportando prova em contrário.

Com respaldo jurisprudencial, pode-se afirmar que as disposições do atual artigo 185 têm alcance amplo, irradiando efeitos sobre toda e qualquer convenção privada, posterior à inscrição em Dívida Ativa, que provoque ou, ao menos, dê início à alienação ou à oneração de bens ou rendas. Exige-se apenas que sejam preenchidos os requisitos legais já indicados, bem como que o negócio jurídico fraudulento tenha sido celebrado na vigência da Lei Complementar 118/2005, em respeito à segurança jurídica.

Considerando o caráter objetivo e absoluto da presunção legal, o terceiro que adquiriu o bem do “insolvente tributário”, quando dos embargos de terceiro, poderá apenas alegar a inaplicabilidade do artigo à época da celebração do negócio. Quer dizer, a defesa do terceiro fica limitada à prova da inexistência de crédito tributário regularmente inscrito e exigível ou da existência, à época, de outros bens reservados pelo devedor.

A intenção subjetiva de fraude entre as partes ou o conhecimento efetivo pelo comprador quanto à existência do débito não compõem a base de incidência do artigo 185. A fraude fiscal, na forma em que regulada pelo Código Tributário e interpretada pela Corte Superior, estabelece uma situação objetiva de ineficácia dos negócios práticos pelo “insolvente tributário”, bastando a inscrição do crédito e a não reserva de bens.

O instituto merece comparação com a insolvência civil, cujos efeitos estão previstos no artigo 752 do Código de Processo Civil:

“Art. 752. Declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa.”

Como previsto expressamente, a insolvência comum depende de declaração e produz a perda do direito de administração e disposição de bens, sem restrição.

Portanto, a “insolvência tributária” caracteriza-se, na falta de termo mais específico, como uma “quase-insolvência”, pois produz efeitos mais limitados e específicos. Apesar de não depender de declaração, por decorrer diretamente da situação em que se encontra o devedor inscrito em Dívida Ativa, produz apenas a perda do direito de disposição (não de administração), sendo que essa perda gera efeitos unicamente em favor da Fazenda Pública que inscreveu o crédito tributário, não favorecendo outros credores públicos ou privados.

Em resumo, o artigo 185 retrata norma extravagante de Direito Público que impõe restrição objetiva e de ordem pública na esfera dos negócios privados, tornando sem efeito, frente à Fazenda Pública, as disposições voluntárias de bens pelo devedor que esteja na situação de “insolvência tributária”. Trata-se de privilégio do crédito tributário, justificado pelo interesse público que lhe dá legitimidade.

### **3 A extensão da expressão “bens ou rendas” para fins do artigo 185 do CTN**

Encerrando a primeira parte deste trabalho, voltada a uma breve qualificação do instituto da nova fraude à execução fiscal (ou “insolvência tributária”), devem ser feitas algumas considerações sobre quais “bens ou rendas” são alvo da restrição legal.

Como referido, a fraude fiscal é “quase-insolvência”, pois não atinge o direito de administração de seus bens pelo devedor. Esse ainda pode manter a gerência de seus negócios, pois a norma não visa à cessação de atividades, mas à preservação patrimonial. Trata-se de disposição legal que prevê privilégio do crédito tributário, sem a pretensão de regular a falência ou a dissolução do devedor.

Nesse sentido, os “bens ou rendas” descritos no artigo 185 são aqueles que compõem, em termos gerais, sem os rigores da contabilidade técnica, o ativo permanente do devedor, seu acervo patrimonial estável e periférico à sua atividade-fim. Assim, não é fraudulenta a venda de um automóvel por uma concessionária, de um imóvel por uma incorporadora ou de um televisor por uma loja de departamentos, mesmo que inscritas em Dívida Ativa. Tais bens são o objeto da atividade do contribuinte, parte de seu “estoque”.

Fraudulenta será apenas a alienação do patrimônio imobilizado do devedor. Aqueles bens que não são objeto da atividade comercial, mas fruto do crescimento patrimonial e do acúmulo de riquezas que aquela atividade proporcionou ao empresário.(5)

A ressalva aplica-se aos devedores, pessoa jurídica ou pessoa natural que atuem como empresário, perdendo sua razão de ser em relação à pessoa natural que não exerça o comércio. Nesse caso, o conceito de “bens ou rendas” não sofre limitações, sendo que toda a alienação de bem penhorável pode ser considerada fraudulenta.

## **Parte II – Da alienação fiduciária em garantia**

### **4 Breve origem histórica e natureza jurídica**

A alienação fiduciária e a propriedade fiduciária têm sua origem mais remota no Direito Romano. A chamada *fiducia cum creditore* era

“negócio jurídico pelo qual o devedor, ao transferir a propriedade (por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*) de uma coisa infungível ao credor, visando a garantir-lhe o cumprimento de uma obrigação, convencionava com este, por um pacto (os romanistas o denominam *pactum fiduciae*), a restituição da coisa, quando extinta a relação obrigacional.”(6)

Desde sua origem, portanto, a alienação fiduciária(7) caracteriza-se por ser um negócio jurídico acessório para garantia de outro, tendo como objeto a transferência da propriedade de um bem do devedor para o credor. Diferencia-se dos demais direitos reais sobre coisa alheia por retirar o bem, por completo, da propriedade do devedor, passando, transitoriamente e com a finalidade específica de garantia, a integrar o patrimônio do credor.

No Direito Romano, o instituto apresentava falhas, pois implicava a transferência plena do domínio ao credor. A devolução da propriedade exigia nova alienação, dependendo o devedor da boa vontade do credor, motivo da expressão “fidúcia”, que significa confiança.

Apesar da grande evolução que o instituto sofreu ao longo dos séculos, cuja análise infelizmente não caberia neste trabalho, manteve-se como garantia de natureza real (acessória), tendo a transferência da propriedade como elemento essencial.

## **5 Da alienação fiduciária e da propriedade fiduciária no Direito Brasileiro**

A alienação fiduciária tem regulação esparsa no Direito Brasileiro, com disposições específicas para determinadas operações no mercado financeiro. No entanto, sua essência é a mesma em todas as hipóteses, o que, considerando a abrangência limitada do presente trabalho, autoriza sejam analisadas apenas as normas de uso mais comum.

O Código Civil vigente traz, em seu artigo 1.361, o conceito de propriedade fiduciária de bem móvel:

“Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”

A alienação fiduciária de móveis, no âmbito do mercado financeiro, de ampla utilização como garantia para o financiamento bancário de veículos, é regulada pelo artigo 66-B da Lei 4.728/65:

“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. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004)”

Por fim, coube ao artigo 22 da Lei 9.514/97 prever a hipótese para bens imóveis:

“Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.”

Dessa forma, por expressa previsão legal, a alienação fiduciária é um negócio jurídico com “escopo de garantia” e implica, necessariamente, a transferência da propriedade resolúvel ao credor. Cumprida a obrigação, resolve-se o direito real, retornando o bem ao patrimônio do devedor. Havendo inadimplemento, pode o credor, adotados os procedimentos e respeitadas as garantias previstas em lei, saciar seu crédito com o valor econômico que o bem possa proporcionar.

Logo, é possível estabelecer a diferença conceitual entre alienação fiduciária e propriedade fiduciária. A primeira é negócio jurídico acessório que tem por objeto a transferência de um bem em garantia. A segunda é o direito real de propriedade resolúvel que surge com o registro da alienação fiduciária.

Em suma, não há alienação fiduciária como negócio autônomo, dependendo, para existir, de um acerto principal, p. ex, um financiamento. Ademais, exige-se a transferência de um bem que pertença ao devedor daquela obrigação principal, pois ninguém pode alienar o que não lhe pertence.

## **6 Dos negócios jurídicos e das alienações envolvidos na garantia fiduciária**

Em qualquer acerto com garantia fiduciária é possível distinguir, no mínimo, dois negócios distintos, um de natureza obrigacional a ser garantido e outro acessório de cunho real (alienação fiduciária propriamente dita). Apesar de, normalmente, serem objeto de estipulação no mesmo instrumento contratual, são pactos diversos, guardando entre si apenas uma relação de acessoriedade.

Vejamos um exemplo: “A” pretende vender um imóvel a “B” em prestações. Firmam as partes contrato de compra e venda com a obrigação de pagar o preço diferido no tempo. Transfere-se, assim, a propriedade do imóvel a “B”, cabendo a “A” apenas o crédito decorrente

da obrigação pessoal de pagamento das parcelas ajustadas. Assim, como garantia, "B", que se tornou proprietário da coisa, aliena-a fiduciariamente para "A", que se torna proprietário e possuidor indireto do bem até o adimplemento.

No caso acima, a obrigação pessoal de pagar o preço, oriunda da compra e venda, passa a ser garantida pelo contrato real de alienação fiduciária, por meio da alienação do imóvel por "B". Nota-se que o imóvel já fazia parte do patrimônio de "B", pois a obrigação de transferir a propriedade na compra e venda fora cumprida por "A" no momento da conclusão do negócio.

Na situação corriqueira apelidada de "refinanciamento" de veículo, "B", proprietário pleno de um automóvel, contrai empréstimo junto a "A", instituição financeira. Como garantia, "B" aliena fiduciariamente seu veículo, tornando "A" proprietário resolúvel até o adimplemento.

Conclui-se, portanto, ser indispensável que o bem dado em garantia fiduciária seja da propriedade do devedor da obrigação garantida. O devedor/fiduciante apenas pode alienar, pelo princípio da disponibilidade, propriedade sua, pois a propriedade fiduciária não é senão espécie do gênero "propriedade".(8)

No entanto, a confusão entre os negócios torna-se maior no conhecido financiamento para a aquisição de veículos. Nesses casos, uma terceira parte, o proprietário originário do veículo, passa a figurar no acerto ao lado do comprador/devedor e da instituição financeira. A cadeia dominial do veículo fica distorcida, levando o intérprete à errônea conclusão de que o bem financiado – que também serve de garantia – não ingressa na esfera jurídica do devedor/comprador antes do pagamento do preço.

Na verdade, em tais situações, é possível distinguir três negócios distintos, apesar de celebrados simultaneamente. Primeiro, a concessionária (proprietário originário) vende o automóvel ao comprador/devedor, transferindo a propriedade do veículo a este. Em seguida, já proprietário pleno do bem, o comprador/devedor contrai o empréstimo com a instituição financeira (negócio garantido), alienando o bem fiduciariamente a esta (negócio garantidor), efetuando, com a quantia emprestada, o pagamento à concessionária.

Apesar de todos os atos acontecerem instantaneamente no mundo jurídico, resta incontestado que o bem financiado, antes de servir de garantia fiduciária, ingressa necessariamente no patrimônio do devedor/comprador, para só então ser alienado ao agente financeiro.

Se assim não fosse, quando do adimplemento do contrato de financiamento e da consequente resolução da propriedade fiduciária, a propriedade plena consolidar-se-ia na pessoa da concessionária (proprietário originário), pois ainda não teria ocorrido qualquer alienação ao devedor/comprador. Da mesma forma, a posse direta do bem, que, por disposição legal, pertence ao fiduciante – aquele que aliena fiduciariamente –, estaria nas mãos da concessionária, inviabilizando seu uso pelo devedor/comprador.

Essa é a interpretação que se pode extrair da literalidade das disposições atinentes à alienação fiduciária, quando estatuem seu objeto como sendo "coisa móvel infungível que **o devedor**, com escopo de garantia, **transfere ao credor**".(9) A lei exige que a propriedade seja do devedor para que a alienação fiduciária se complete, inclusive postergando os seus efeitos para quando por ele adquirida, senão vejamos:

"Artigo 1.361 do Código Civil

§ 3º A propriedade superveniente, **adquirida pelo devedor**, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária."  
(destacamos)

De forma mais expressa, a redação revogada do § 2º do artigo 66 da Lei 4.728/65:

“§ 2º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não for proprietário da coisa objeto do contrato, **o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor**, independentemente de qualquer formalidade posterior.”

(destacamos)

Em resumo, independentemente dos negócios jurídicos celebrados em conjunto com o negócio garantido pela alienação fiduciária, o bem dado em garantia deve, antes da transferência fiduciária, ingressar na esfera jurídica do devedor da obrigação garantida, mesmo que por instantes. **Daí, conclui-se que toda alienação fiduciária é um ato de transferência de um bem próprio do devedor.**

### **Parte III – Os efeitos do artigo 185 sobre a garantia fiduciária**

#### **7 Da ineficácia da alienação e do retorno do bem ao domínio do executado**

Como já mencionado no início deste artigo, a jurisprudência é firme no sentido da impossibilidade da penhora do bem alienado fiduciariamente para pagamento de dívidas do devedor fiduciante.**(10)** Outra não poderia ser a interpretação, pois o bem dado em garantia fiduciária não se encontra mais no domínio do devedor, pertencendo a seu credor, que é terceiro em relação ao crédito objeto da execução fiscal.

Não se pode, assim, pretender a penhora direta sobre o patrimônio de terceiro, pois inviável em nosso regime de Direito Civil e Processual. No entanto, devem, tanto a Fazenda Pública exequente como o juízo da execução, questionar, antes de qualquer ato de constrição, a legitimidade do oferecimento da garantia fiduciária pelo devedor tributário.

Tendo em vista a autonomia dos negócios jurídicos que compõem o “acerto fiduciário” (principal e acessório ou garantido e garantidor), é possível indagar quanto à incidência do artigo 185 do Código Tributário Nacional sobre as transações efetuadas. Estando o devedor em “insolvência tributária”, não pode ele alienar ou onerar os bens ou as rendas que tenham ingressado, mesmo que momentaneamente, em seu patrimônio, sob pena de ficar configurada a fraude fiscal, com caráter absoluto e objetivo.

Logo, considerando que a alienação fiduciária pressupõe que o bem dado em garantia esteja no domínio do devedor/fiduciante e que seja transferido ao credor/fiduciário, o contrato acessório de garantia celebrado nas circunstâncias previstas pelo artigo 185 não produz eficácia contra a Fazenda Pública que realizou a inscrição do crédito. Em outras palavras, frente ao exequente tributário, não houve alienação fiduciária, o contrato é ineficaz, permanecendo o bem na propriedade do executado.

Dessa forma, resta superada a barreira jurídica que existia para a penhora direta do bem alienado fiduciariamente. Como a celebração do contrato de garantia pelo “insolvente tributário” fez incidir a presunção absoluta de fraude, com o reconhecimento judicial, o bem tornou a fazer parte do patrimônio do devedor (pelo menos frente à Fazenda Pública). Assim, possível a constrição judicial, que não estará incidindo sobre bens de terceiros, mas do próprio devedor.

Vimos que, no acerto fiduciário, estão presentes, no mínimo, dois negócios jurídicos autônomos. Primeiro, o devedor assume obrigação de caráter pessoal frente ao credor, fazendo surgir o negócio garantido, qual seja, o empréstimo, o financiamento, etc. Em seguida, o devedor, agora fiduciante, firma com o credor/fiduciário negócio jurídico garantidor do primeiro de cunho real, alienando fiduciariamente a sua propriedade em favor do credor.



Este segundo negócio acessório, por implicar “alienação ou oneração de bens ou rendas”, é que poderá sofrer a incidência da norma protetiva do crédito tributário. O primeiro é hígido e perfeito, pois estar em débito com a Fazenda Pública não impede o executado de contrair novas obrigações com terceiros. O segundo, contudo, apesar da finalidade de garantia, é negócio real de transferência da propriedade, cuja eficácia fica mutilada por força da lei.

O raciocínio é válido inclusive para a alienação fiduciária de veículos com financiamento de instituição financeira, apesar de existir um terceiro negócio jurídico, a compra e venda entre a fábrica/concessionária e o devedor/fiduciante. Como já destacado, **toda alienação fiduciária é um ato de transferência de um bem próprio do devedor. Realizada a compra e venda, o veículo ingressa necessariamente no patrimônio do comprador/devedor, para só então ser objeto de nova alienação (fiduciária) para a instituição financeira.**

Quer dizer, a compra do veículo transfere a propriedade do bem ao devedor, mas este, como garantia, transfere novamente a propriedade, agora sob a forma de propriedade resolúvel (fidúcia), para a instituição financeira. Inegável a existência de um anterior ingresso do bem na esfera patrimonial do devedor, como exigência prévia à alienação fiduciária, pois ninguém pode dispor de mais direitos do que tem. Apenas com a incorporação do bem ao domínio do devedor, torna-se viável a sua alienação em garantia sob a forma fiduciária ao credor.

Portanto, no segundo negócio jurídico de garantia (alienação fiduciária propriamente dita), há verdadeira alienação/onerção de bens. Estando o devedor/fiduciante em estado de “insolvência tributária”, presume-se a fraude do negócio na forma do artigo 185 do CTN. O negócio garantido (financiamento, empréstimo, compra e venda a prazo) permanece hígido, pois não há limitação na lei tributária para sua celebração, mas perde sua garantia, restando ao credor a cobrança ordinária, respeitada a preferência do credor tributário.

Em resumo, a compra e venda de um veículo e a celebração de contrato de empréstimo/financiamento para sua aquisição por devedor regularmente inscrito em Dívida Ativa são negócios jurídicos legítimos e válidos, pois o inadimplemento tributário não limita por completo a autonomia da vontade. No entanto, esse mesmo devedor transferir em garantia aquele bem adquirido, sem reservar outros para fazer frente ao débito tributário inscrito, é ato de disposição fraudulento, sendo o contrato de alienação fiduciária – e, por consequência, a transferência da propriedade fiduciária – juridicamente ineficaz frente à Fazenda Pública.

Ineficaz a transmissão da propriedade fiduciária frente ao ente público, retorna o bem ao domínio anterior, qual seja, a propriedade do devedor inscrito em Dívida Ativa, sendo possível a penhora e a alienação direta da coisa. O credor privado, despido de sua garantia, poderá exigir seu crédito por outros meios, cedendo, contudo, à preferência legal imposta pela lei tributária.

## **8 Dos requisitos específicos para a incidência da fraude fiscal sobre a alienação fiduciária de veículos**

Não são poucas as circunstâncias que devem estar presentes para a incidência do artigo 185 do Código Fiscal sobre a garantia fiduciária. Deve-se, ainda, observar a alteração legislativa promovida pela Lei Complementar 118/2005, que altera substancialmente o momento em que a disposição legal passa a gerar efeitos sobre a esfera jurídica do executado.

Para ter aplicação, o instituto faz exigências de quatro ordens: (i) quanto ao tipo de negócio celebrado; (ii) quanto ao momento da celebração; (iii) quanto à qualidade do crédito tributário; (iv) quanto ao patrimônio do devedor ao tempo do negócio jurídico fraudulento.



O negócio jurídico que pode ser tornado ineficaz pela norma tributária é aquele que implica a oneração de bens ou rendas. Como já demonstrado, no caso dos “veículos alienados”, está atendida a hipótese legal, pois o devedor efetivamente alienou fiduciariamente o bem para a instituição financeira.

O momento da celebração demanda maior esclarecimento. A redação atual do artigo 185 entrou em vigor em 09 de junho de 2005, sendo que, em respeito ao ato jurídico perfeito e à irretroatividade da norma tributária, apenas os negócios pactuados na sua vigência podem ser considerados fraudulentos pela simples existência da inscrição em Dívida Ativa. Para os anteriores, deve vigorar a regra antiga que exigia “crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução”, sendo que o contrato deverá ter sido firmado após a citação do devedor na execução fiscal.

Ou seja, apenas pode haver fraude na alienação de bens do executado após a citação, para os negócios operados até a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, ou após a inscrição em Dívida Ativa, para os negócios posteriores à alteração legislativa.

Em relação ao crédito tributário que fundamenta a declaração de fraude, deve ser aquele regularmente inscrito em Dívida Ativa. Apenas a inscrição presume o inadimplemento e garante o “controle administrativo da legalidade”, que “será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e a certeza do crédito”, como determina o § 3º do artigo 2º da Lei de Execuções Fiscais. É importante frisar que inscrição, muito além de dar certeza e liquidez, concede ao crédito publicidade, pois é objeto de registro (inscrição) em livro público (Livro da Dívida Ativa), permitindo que qualquer parte possa em consulta, hoje *online*, verificar a regularidade fiscal do outro contratante, emitindo ou não Certidão Negativa de Débitos – CND.

Todavia, não basta estar inscrito, deve o crédito ser exigível e deve impedir a expedição de CND (ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa). Isso porque o crédito inscrito apenas autoriza a emissão de certidão quando estiver garantido, suspenso por ordem judicial ou em moratória/parcelamento. Nesses casos, não se pode propriamente falar em fraude, seja porque o crédito está garantido de outra forma (penhora, arrolamento administrativo, caução ou depósito integral), seja porque o Fisco concedeu benesse legal sem exigir garantias reais ou pessoais (parcelamentos legais), seja por não gerar efeitos (decisão judicial). Extrapola a intenção da lei exigir que o terceiro, ao negociar com o devedor que possua Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, assuma o risco de uma eventual reversão judicial, de um inadimplemento posterior ou de uma garantia insuficiente aceita pela Fazenda Pública.

Exige a lei, no parágrafo único do artigo 185, que o devedor não tenha reservado outros bens para o pagamento da dívida inscrita. Para afastar a fraude, deve o devedor possuir em bens ou rendas valor igual ou superior ao débito no momento do negócio jurídico, descontado, por certo, o valor do bem alienado. A dificuldade está em saber a quem cabe o ônus da prova, se à Fazenda, ao devedor ou ao terceiro.

Considerando os efeitos nefastos da chamada “prova negativa”, mostra-se desarrazoado exigir do Fisco a prova da inexistência de bens do executado. Ademais, quando realizadas as diligências na execução, se não forem encontrados outros bens penhoráveis além de um veículo ou outro bem alienado fiduciariamente, pode-se presumir a inexistência de outros. Caberia ao devedor indicar bens à penhora, sofrendo o ônus de não o fazer.

A prova, portanto, cabe ao devedor e ao terceiro que tenha interesse na preservação de sua garantia. Em embargos de terceiro, poderia a instituição financeira, p. ex., apresentar a relação de bens do devedor que apurou para a qualificação de sua capacidade de crédito ou exigir, à época

do acordo, que o devedor promovesse um arrolamento de bens na esfera administrativa ou providenciasse a penhora integral do valor executado.

O dever de diligência na apuração de bens para a concessão de crédito é reforçado quando se trata de instituição financeira. O negócio temerário, sem qualquer diligência quanto à viabilidade financeira e jurídica do acordo, configura crime contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86), sendo inegável o dever do agente financiador em apurar a viabilidade da alienação fiduciária por cliente em débito com a Fazenda Pública.

Enfim, existe remédio legal em vigor para o exercício efetivo do direito de preferência do crédito público. A alienação fiduciária por devedor tributário, na forma do artigo 185, não impede a penhora direta do veículo transferido para a instituição financeira, pois a própria transmissão da propriedade fiduciária mostra-se fraudulenta e sem eficácia. Perante o Fisco, o bem ainda pertence ao devedor e pode, portanto, ser penhorado para a satisfação da execução fiscal.

### **9 A questão da boa-fé da instituição financeira**

Apesar de pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo amplamente reconhecida a dispensa da prova do *concilium fraudis*, bastando a alienação posterior à inscrição do crédito tributário, a questão da boa-fé do adquirente é matéria sempre recorrente. Assim, cabe tecer algumas considerações especificamente quanto às instituições financeiras.

Ainda que fosse exigida a prova da boa-fé do credor fiduciário, ou seja, ainda que se pudesse exigir que a Fazenda Pública provasse o conhecimento pelo adquirente da propriedade fiduciária da situação de “insolvente tributário” do fiduciante, tratando-se de instituição financeira, o objeto da prova estaria esvaziado.

É dever das entidades que fazem parte do Sistema Financeiro Nacional a diligência e a prudência na contratação de crédito, seja qual for a modalidade. Não é crível pensar que o agente financeiro, ao contratar a alienação fiduciária, não realize pesquisa junto ao Cadin ou exija Certidão Negativa (ou “positiva com efeitos”). Se não o faz, corre o risco de contratar garantia ineficaz.

O importante é a diferença essencial que existe entre uma instituição financeira e um terceiro, que não atua no mercado de crédito. Esse último não sofre as restrições e não se submete aos controles impostos pelas normas do mercado financeiro, podendo, eventualmente, firmar contratos (compra e venda, alienação fiduciária, etc.) com um devedor inscrito em Dívida Ativa sem tomar conhecimento dessa situação.

A primeira tem o dever de prudência. São da essência de seu negócio a análise do risco e a apuração das garantias do seu cliente. Assim, não há falar em boa-fé do agente financeiro que não exige, sequer, a regularidade fiscal daquele que lhe pretende alienar a propriedade fiduciária.

Provada sua condição de entidade autorizada a atuar no mercado de crédito e em operações envolvendo garantia fiduciária, estaria atendido ônus probatório (caso fosse exigível) da Fazenda Pública. Ao agente financeiro que pretendesse manter sua garantia, restaria a prova de que exigiu comprovação da inexistência de crédito tributário ou, pelo menos, que seu cliente tivesse oferecido garantia idônea ao Fisco ou reservado bens.

Enfim, ainda que fosse aplicável uma interpretação mais restritiva do artigo 185, que exigisse prova do conhecimento da situação do devedor, quando o adquirente for uma entidade autorizada a operar no Sistema Financeiro, o ônus da prova a cargo da Fazenda estaria reduzido à simples prova da condição de agente financeiro.

## Conclusão

A nova realidade normativa, inaugurada pela Lei Complementar 118/2005, demonstra a tendência atual do legislador ordinário de limitar o abuso dos institutos jurídicos pelo devedor tributário, com o objetivo de driblar os efeitos da sua condição de inadimplente. No entanto, uma aplicação eficiente e justa do artigo 185 do Código Tributário sempre dependerá de um correto entendimento do ato ou do negócio jurídico praticado, tanto pelo credor público, representado por sua procuradoria, como pelo juízo que preside o processo executivo.

Nessa linha, buscou-se, ainda que de forma superficial, expor uma visão mais clara da figura jurídica da alienação fiduciária. A divisão dos múltiplos negócios jurídicos necessários para a conclusão de um “financiamento de veículo” e a análise da cadeia dominial envolvendo o bem alienado permitem concluir pela aplicabilidade da norma tributária em defesa da preferência do crédito público.

A situação de impotência na efetivação da execução fiscal, descrita na introdução deste trabalho, encontra, ao menos em parte, uma solução legal expressa, exigindo apenas uma correta aferição, pelo julgador, dos requisitos impostos pela norma jurídica. Quando presentes, não pode a alienação fiduciária de bem do devedor afastar a penhora judicial, pois ineficaz frente à Fazenda Pública credora.

## Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. v. 1. 10. ed. São Paulo: Forense, 1997.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FABIAN, Christoph. **Fidúcia**: negócios fiduciários e relações externas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

MONTEIRO NETO, Nelson. “Fraude à execução fiscal” conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 95, fev. 2011.

PEREIRA, Hélio do Valle. **A nova alienação fiduciária em garantia**: aspectos processuais. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

## Notas

1. MONTEIRO NETO, Nelson. “Fraude à execução fiscal” conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 95, fev. 2011, p. 88-94.

2. REsp 1141990/PR, Rel. Ministro **Luiz Fux, Primeira Seção**, julgado em 10.11.2010, DJe 19.11.2010.

3. “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente” (Súmula 375, **Corte Especial**, julgado em 18.03.2009, DJe 30.03.2009).

4. Expressão usada pelo Ministro Relator para diferenciar a hipótese da “fraude civil”, ou seja, aquela aplicável à execução comum.

5. Outra não poderia ser a interpretação, sendo que a Receita Federal do Brasil reconhece administrativamente a inexigibilidade de Certidão Negativa para a alienação de bens imóveis por pessoas jurídicas com atuação no mercado imobiliário, conforme artigo 407, inciso IV, da IN RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009:

“Art. 407. A apresentação de CND, ou de CPD-EN, é dispensada, dentre

outras hipóteses:

(...)

IV – na transação imobiliária referida na alínea *b* do inciso I do art. 406, que envolva empresa que explore exclusivamente atividade de compra e venda de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda, desde que o imóvel objeto da transação esteja contabilmente lançado no ativo circulante e não conste, nem tenha constado, do ativo permanente da empresa, fato que será relatado no registro da respectiva transação no cartório de Registro de Imóveis;”

6. ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 10. ed. São Paulo: Forense, 1997. p. 350-351.

7. Assim como institutos próximos do Direito Estrangeiro, como o *trust* norte-americano.

8. No Código Civil vigente, o capítulo da propriedade fiduciária está incluído no título da propriedade, pois aquela é espécie desta.

9. Artigo 1.361, *caput*, do Código Civil.

10. Nesse sentido, os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. PENHORA. IMPOSSIBILIDADE. PROPRIEDADE DO CREDOR FIDUCIÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEGITIMIDADE ATIVA DO DEVEDOR-EXECUTADO. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

1. ‘A alienação fiduciária em garantia expressa negócio jurídico em que o adquirente de um bem móvel transfere – sob condição resolutiva – ao credor que financia a dívida o domínio do bem adquirido.

Permanece, apenas, com a posse direta. Em ocorrendo inadimplência do financiado, consolida-se a propriedade resolúvel’ (REsp 47.047-1/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

2. O bem objeto de alienação fiduciária, que passa a pertencer à esfera patrimonial do credor fiduciário, não pode ser objeto de penhora no processo de execução, porquanto o domínio da coisa já não pertence ao executado, mas a um terceiro, alheio à relação jurídica.

3. Por força da expressa previsão do art. 1.046, § 2º, do CPC, é possível a equiparação a terceiro do devedor que figura no polo passivo da execução, quando este defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não podem ser atingidos pela penhora, como é o caso daqueles alienados fiduciariamente.

4. Recurso especial não provido.” (REsp 916.782/MG, Rel. Ministra **Eliana Calmon, Segunda Turma**, julgado em 18.09.2008, DJe 21.10.2008)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. CABÍVEL A CONSTRIÇÃO DE DIREITOS DO EXECUTADO. 1. A jurisprudência vem afirmando que bens objeto de contratos de alienação fiduciária não podem se sujeitar à penhora, uma vez que o executado/devedor fiduciante é mero possuidor, restando a coisa na propriedade do credor fiduciário, terceiro estranho ao processo de execução. 2. Entretanto, admite-se a constrição de direitos do devedor relacionados à alienação fiduciária. 3. Circunstâncias de ordem prática não podem fundamentar o indeferimento do pleito da parte exequente. 4. Agravo de instrumento provido.” (TRF4, AG 2009.04.00.015840-1, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, D.E. 26.01.2011)

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

**CIGNACHI, Gustavo Chies.** *Os efeitos do artigo 185 do Código Tributário Nacional sobre a alienação fiduciária em garantia de veículos.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 45, dez. 2011. Disponível em:  
< [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao045/gustavo\\_cignachi.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao045/gustavo_cignachi.html) >  
Acesso em: 14 fev. 2012.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO  
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS