

Alienação Fiduciária em Garantia. Penhora, por Terceiro, do Bem Alienado. Ilegitimidade da Constrição

Parecer N.º 01/85, de Sônia Regina de Carvalho Mestre

I — A ESPÉCIE:

Versa a hipótese sobre ação de execução que o Estado do Rio de Janeiro move à Cia. Metropolitana de Aços, com base em certidão de dívida, devidamente inscrita — Processo n.º 262.631 — em curso perante a 4.ª Vara da Fazenda Pública — onde foi penhorado o bem a seguir descrito e caracterizado:

‘uma máquina de tração “AORSHER”, tipo 233, n.º 545 de 60 toneladas, acompanhada de um painel tipo “10 33” n.º 335 “Wolpert” — ano de fabricação 1972, no valor de Cz\$ 35.000.000.’

Tendo seguido a execução o seu curso normal, após julgados improcedentes os embargos opostos pela devedora, foram designados os dias 13-06-85 e 23-06-85 para os primeiro e segundo leilões do bem antes mencionado. Então, em 12-06-85, atravessou o Banco do Brasil S/A petição nos autos de execução fiscal, alegando, em síntese, que o bem penhorado lhe fora dado em alienação fiduciária, pelo que lhe teria sido transferido o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa alienada. Requeria, assim, a sustação do leilão já designado.

Atendendo ao exposto naquele petitório, o MM. Dr. juiz exarou o despacho de fls. 32, do seguinte teor:

“J. Susto o leilão.

A Fazenda.”

Cuida-se de saber, portanto, se pode a execução prosseguir com o leilão de bem alienado fiduciariamente ou, se o bem, assim gravado, não pode sofrer tal constrição judicial, em execução ajuizada por outro credor, que não o fiduciário.

II — A DOCTRINA

Antes de qualquer outra consideração busquemos, na melhor doutrina, os elementos que bem delineiam a posição do alienante — fiduciante — e do adquirente fiduciário.

Repise-se, desde logo, sobre a matéria a lição de ORLANDO GOMES:

“Se um comerciante tem necessidade de crédito e não pode privar-se da posse de mercadorias, dando-as em penhor, transmite fiduciariamente A PROPRIEDADE desses bens ao credor que o financia, e, mediante *constituto possessorio*, continua a possuí-las. Em vez de empenhar, ALIENA PARA GARANTIR. Em sentido lato, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes ADQUIRE, em confiança, A PROPRIEDADE DE UM BEM, obrigando-se a devolvê-la, quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição.

.....

Caracteriza-se pelo fim fiducial. Por via desse contrato, o devedor transfere ao credor A PROPRIEDADE DE BENS MÓVEIS, para garantir o pagamento da dívida contraída, com a condição de, ao ser liquidada, voltar a ter a propriedade do bem transferido.

Trata-se, portanto, de negócio de garantia. Em vez de dar o bem em penhor ou de caucionar títulos, o devedor *TRANSMITE AO CREDOR A PROPRIEDADE DE MERCADORIAS*, admitindo que, se não pagar a dívida, possa ele vendê-las e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito, ou que, paga, lhe VOLTE A PROPRIEDADE DAS MESMAS MERCADORIAS.

Para logo, se percebe a singularidade da garantia oferecida com a alienação fiduciária. Enquanto o penhor, a caução, a anticrese, a hipoteca — SÃO DIREITOS REAIS DE GARANTIA constituídos NA COISA ALHEIA, eis que o devedor pignoratício, anticrético ou hipotecário continua dono do bem dado em segurança, NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA TRANSFERE A SUA PROPRIEDADE AO CREDOR.

.....

O FIDUCIÁRIO PASSA A SER DONO DOS BENS ALIENADOS PELO FIDUCIANTE. Adquire, por conseguinte, a PROPRIEDADE DESSES BENS, mas, como no próprio título de constituição desse direito, está estabelecida a causa de sua extinção, seu ti-

titular tem apenas propriedade restrita e resolúvel. O fiduciário não é proprietário pleno, se não titular de um direito sob condição resolutiva.

.....
(grifos nossos — in “Alienação Fiduciária em Garantia”, RT — SP — 1975, pp. 18, 21, 22 e 23).

Também em PAULO RESTIFFE NETO encontramos importantes elementos caracterizadores da alienação fiduciária:

“Sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio fiduciário. Este é o conceito expedido por PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, tomo 3, p. 123).

O negócio fiduciário só existe como tal pela característica do fator confiança e da existência destes dois elementos: de natureza real e de natureza obrigacional. O primeiro compreende a *transmissão* do direito ou da *PROPRIEDADE*, e o segundo relaciona-se com a sua restituição ao transmitente ou a terceiros, após exaurido o objeto do contrato.”
(grifamos, in *Garantia Fiduciária*, 2.^a edição, SP, RT, 1976, pp. 9-10).

Oportuno, ainda, valermos-nos do entendimento de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES:

“Examinando-se a estrutura da alienação fiduciária em garantia, quer no teor original do art. 66 da Lei n.º 4.728, quer na nova redação que a esse dispositivo deu o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 911, verifica-se, de imediato, que se trata de negócio jurídico bilateral, que visa a transferir a propriedade de coisa móvel com fins de garantia (propriedade fiduciária).

.....
A alienação fiduciária em garantia, ao contrário do que sucede com os contratos de penhor, anticrese e hipoteca, não visa à constituição de direitos reais limitados, mas à transferência do DIREITO DE PROPRIEDADE limitado pelo escopo de garantia.”

(In *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, Rio, Forense, 1975, pp. 37 e 39).

A lição da doutrina, portanto, esclarece que o credor fiduciário adquire a propriedade do bem alienado fiduciariamente, podendo, pois, defender tal condição, utilizando-se das ações próprias que o ordenamento jurídico lhe garante.

III — O DIREITO

A alienação fiduciária, no direito brasileiro, está disciplinada pelo Decreto-Lei n.º 911, de 01 de outubro de 1969, que alterou a redação do art. 66, da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelecendo o conceito legal do instituto:

“Art. 1.º — O art. 66, da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

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 todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

§ 1.º — A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros, e conterà, além de outros dados os seguintes:

- a) o total da dívida ou sua estimativa;
- b) o local e a data do pagamento;
- c) a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;
- d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.”

Ora, cabe, então, à luz do dispositivo legal aplicável à espécie, examinarmos a documentação acostada aos autos, para verificação, desde logo, da existência dos requisitos intrínsecos e extrínsecos exigidos pela lei.

Por tal ângulo, pode-se constatar que o "contrato de repasse — operação 63", celebrado entre o Banco do Brasil e Cia. Metropolitana de Aços, onde foi pactuada a alienação fiduciária em garantia, atende aos seguintes requisitos:

- a) acha-se devidamente inscrito no Registro de Títulos e Documentos;
- b) foi firmado em maio de 1975, muito anteriormente à inscrição da dívida ativa executada, que é de dezembro de 1980, o que afasta, desde logo, eventual fundamento de tal alienação ter sido celebrada em fraude a credor e, menos ainda, em fraude à execução (CPC, art. 593);
- c) atende a todas as exigências enumeradas no art. 66 da Lei n.º 4.728, com a redação dada pelo Dec.-Lei n.º 911/69;
- d) elenca entre os bens alienados fiduciariamente o bem penhorado nos autos da execução fiscal promovida pelo Estado;
- e) encontra-se inadimplido, estando a Cia. Metropolitana de Aços em mora no cumprimento das obrigações contratuais assumidas, já, inclusive, com ação de busca e apreensão, devidamente ajuizada pelo credor fiduciário, Banco do Brasil S/A.

Portanto, do que emana das disposições legais pertinentes e da lição dos Mestres, o credor fiduciário é, ainda que resolúvel, o proprietário do bem alienado fiduciariamente, podendo valer-se das ações possessórias próprias para haver dito bem do patrimônio de terceiro, inclusive dos embargos de terceiro.

Evidente, poder-se-ia argumentar que não usou o credor fiduciário da medida judicial hábil, qual seja, os embargos de terceiro. (CPC, art. 1.046), mas sim de simples petição trazida aos autos do próprio processo de execução, o que não autorizaria, assim, a sustação deferida. Todavia, partindo-se da premissa já assentada de que possui o credor fiduciário tal direito, o de reivindicar a coisa alienada fiduciariamente, somos obrigados a reconhecer a procedência de eventuais embargos de terceiro, se opostos futuramente, o que implicaria, conseqüentemente, na condenação do Estado ao pagamento dos ônus da sucumbência, o que a simples petição acostada aos autos da execução não tem o condão de acarretar.

Tal conclusão encontra acolhida nos pronunciamentos de nossos Tribunais, o que se demonstra no capítulo seguinte:

IV — DA JURISPRUDÊNCIA:

Abra-se espaço, em primeiro lugar, a pronunciamento de nossa mais Alta Corte, do qual colecionamos parte da ementa do RE n.º 88.059-SP, em que foi Relator o eminente Ministro CORDEIRO GUERRA:

"...O bem alienado fiduciariamente não pode ser penhorado, pois não é propriedade do devedor, e sim, do credor. Muito embora seja proprietário resolúvel e possuidor indireto, dispõe o credor das ações que tutelam a propriedade de coisas móveis e pode recorrer às ações possessórias, entre as quais, os embargos de terceiro."

(In RTJ, v. 85, p. 326).

No mesmo sentido encontramos pronunciamento do Tribunal Federal de Recursos, em acórdão da lavra do Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, na Apelação Cível n.º 55.450-MG, cuja ementa possui o seguinte teor:

"Embargos de terceiro. Bens alienados fiduciariamente, vinculados a cédula de crédito industrial. Penhora e preferência em favor de terceiros. Impossibilidade."

Os bens alienados fiduciariamente não são de propriedade do devedor e sim do credor fiduciário, por isso não podem ser penhorados por terceiros, não se lhes aplicando os privilégios decorrentes da preferência do crédito tributário (CTN, arts. 184 e 186) (in DJ, de 05-08-82, p. 7.304 — ADCOAS — verbete n.º 88.637).

Ressalte-se que dita apelação foi interposta pelo terceiro credor que penhorou o bem alienado fiduciariamente — o INPS — em embargos de terceiro opostos pelo mesmo Banco do Brasil S.A., que atravessou a petição nos autos da execução fiscal, cuja legitimidade se examina.

Do voto do eminente Relator colhe-se valioso subsídio ao estudo e deslinde da controvérsia:

"... bem assinalou o apelado, nas suas contra-razões, que o apelante "confundiu garantia hipotecá-

ria com alienação fiduciária”, acrescentando que não está a disputar preferência com a autarquia — embargada, mas a defender a sua propriedade sobre os bens penhorados.

Na verdade, se se tratasse de crédito hipotecário, o recurso merecia ser acolhido...

No entanto, no caso cuida-se de saber se o bem alienado fiduciariamente pode, ou não, ser penhorado. E A RESPOSTA É NEGATIVA, pois o BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE NÃO É DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR E SIM DO CREDOR FIDUCIÁRIO. Assim já decidiram o Excelso Pretório no RE. 88.059-SP (RTJ, 85/326). Relator o eminente Ministro CORDEIRO GUERRA e, ainda, a Egrégia Primeira Câmara do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná (RT/257) e a Egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RT, 450/270).

Com essa mesma orientação, o acórdão proferido pela antiga Terceira Turma desta Corte, ao julgar a AC n.º 45.591, da qual foi Relator o eminente Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, que, com clareza, redigiu este trecho da ementa que o encerra (DJ, de 14-05-80):

“O bem alienado fiduciariamente não é de propriedade do devedor, e, sim, do credor fiduciário: não pode, portanto, ser penhorado por terceiros, nem sobre ele incidem as regras do privilégio do crédito tributário (CTN, arts. 184 e 186)”.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação e julgo prejudicada a remessa oficial.”

Ainda sobre a matéria, vamos encontrar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em acórdão da Segunda Câmara Cível, no Agravo de Instrumento n.º 2.888, de Itajaí, em que foi Relator o Desembargador ERNANI RIBEIRO, cuja ementa assim dispõe:

“A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, não sendo possível a penhora do bem.”

(In ADCOAS, 103.381)

V — CONCLUSÃO

Pode-se, assim, concluir, em resumo, que, muito embora não constitua a singular petição trazida aos autos da execução fiscal o meio hábil para exteriorização do direito do credor fiduciário de reivindicar o bem alienado fiduciariamente, qual seja, não exterioriza a mesma a oposição de embargos de terceiro. O direito do credor — Banco do Brasil S.A. — existe, amparado pela legislação regeadora da espécie, pela melhor Doutrina e pela Jurisprudência dominante; daí por que, ainda que fosse alegada a inadequação do meio, poderia, ainda, vir a ser exercido, aquele direito, hábil e tempestivamente, através dos embargos de terceiro acarretando, repita-se, então, a condenação do Estado aos ônus da sucumbência (CPC, art. 1.048).

A decisão do Juízo da 4.ª Vara da Fazenda Pública, sustando o leilão, em última análise, encontra, pois, guarida legal, doutrinária e jurisprudencial, cabendo ao Estado desistir da penhora sobre aquele bem, para o que tem o arrimo de disposição expressa do Código de Processo Civil (667, III), providenciando, então, a substituição do bem penhorado.

É o nosso parecer Sub censura.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 1985.

SONIA REGINA DE CARVALHO MESTRE
Procuradora do Estado

Senhor Procurador-Geral,

O ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria de Execuções Fiscais, mediante solicitação verbal, deseja saber, em síntese, se é legítima a penhora de bem alienado fiduciariamente, por outro credor que não o fiduciário.

2. Traz à colação o caso concreto da penhora de bem nos autos da Execução Fiscal movida pelo Estado do Rio de Janeiro contra a Cia. Metropolitana de Aços (Processo n.º 262.631 — 4.ª VFP), em que o MM. Dr. Juiz de Direito *sustou* o leilão já designado, atendendo a requerimento do Banco do Brasil S/A, na condição de credor fiduciário do aludido bem.

3. Solicitada a pronunciar-se sobre a hipótese, a ilustre Colega Procuradora SÔNIA REGINA DE CARVALHO MESTRE, no excelente Parecer de fls., demonstrou que: