

A FUNÇÃO AMBIVALENTE DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

THE AMBIVALENT FUNCTION OF FIDUCIARY PROPERTY AND ITS LEGAL EFFECTS

Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Procuradora do Estado de São Paulo. Professora de Direito Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Coordenadora Acadêmica do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões do COGEAE/ PUCSP. São Paulo (Brasil).

E-mail: hdaneluzzi@uol.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5103102878828449>.

Déborah Regina Lambach Ferreira da Costa

Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Formada em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Procuradora do Município de São Paulo. Professora de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Ex representante do Poder Público da Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos de São Paulo no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente - CMDCA/SP. Advogada. Membro do INPPDH - Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos. Membro do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, São Paulo (Brasil).

E-mail: deborahlambach@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1002193677066082>.

Submissão: 25.02.2021.

Aprovação: 04.08.2021.

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a função ambivalente da propriedade fiduciária e os efeitos que produz na esfera jurídica dos sujeitos envolvidos. Fixada a natureza jurídica da propriedade fiduciária, propõe-se analisar a responsabilidade jurídica pelo pagamento dos tributos e multas, despesas condominiais e outros encargos inerentes ao proprietário do bem afetado com a garantia. Faz-se necessário, para se alcançar esse desiderato, a incursão na origem desse instituto, traçando breve contorno histórico, passando pelas fidúcias romana e germânica, à criação da alienação fiduciária na lei de Mercado de Capitais, seu desenvolvimento com a edição de leis especiais até o advento do Código Civil de 2002. Na sequência, buscar-se-á conceituar a propriedade fiduciária, seus requisitos, traçando os direitos e deveres do devedor fiduciante e do credor fiduciário. Por fim, a análise se concentra na função da propriedade fiduciária, que se afirma ambivalente e seus efeitos jurídicos, com a tentativa de se fixar responsabilidades.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade fiduciária. Natureza jurídica ambivalente. Efeitos jurídicos. Responsabilidade pelos tributos, multas etc.

ABSTRACT

The present article intends to discuss the ambivalent function of fiduciary property and the effects that it produces in the legal sphere of the subjects involved. Having established the legal nature of fiduciary property, it is proposed to analyze the legal responsibility for the payment of taxes and fines, condominium expenses and other charges inherent to the owner of the property affected with the guarantee. It is necessary, in order to achieve this objective, the incursion into the origin of this institute, drawing a brief historical outline, passing through the Roman and Germanic fiducias, the creation of fiduciary alienation in the Law of Capital Markets, its development with the publication of special laws until the advent of the Civil Code of 2002. The following will seek to define fiduciary property, its requirements, tracing the rights and duties of the fiduciary debtor and the fiduciary creditor. Finally, the analysis focuses on the function of fiduciary property, which is claimed ambivalent and its legal effects, with the attempt to establish responsibilities.

KEYWORDS: *Fiduciary property. Ambivalent function. Legal effects. Responsibility for taxes, fines etc.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discutir a função ambivalente da propriedade fiduciária e os efeitos que produz na esfera jurídica do devedor fiduciário e do credor fiduciante.

A análise do instituto da propriedade fiduciária inicia-se com um breve esboço histórico, de sua origem romana ao seu ingresso no mundo jurídico brasileiro, com o advento da Lei de Mercado de Capitais até a promulgação do Código Civil de 2002, com as alterações legislativas que se seguiram.

Na sequência, far-se-á rápida incursão no conceito, pressupostos e deveres e direitos dos sujeitos envolvidos, principais efeitos e a extinção da propriedade fiduciária, para, então, aprofundar a temática central da natureza jurídica ambivalente do instituto.

Traçados os contornos necessários à compreensão do instituto, passar-se-á à discussão atinente à responsabilidade civil pelos tributos, multas, despesas condominiais e encargos que exurgem da propriedade fiduciária.

Nas considerações finais, procurar-se-á demonstrar que é a natureza ambivalente da propriedade fiduciária que fixa a responsabilidade do credor fiduciário e do devedor fiduciante.

1. BREVE HISTÓRICO

O patrimônio da pessoa responde pela satisfação das dívidas e obrigações por ela contraídas tendo como marco a *Lex Aquillia*. O Estado, por meio do Poder Judiciário, assegura ao credor os meios para compelir o devedor ao pagamento, satisfazendo o crédito, pelo arresto, sequestro e penhora.

Ao lado dessa chamada garantia geral, o credor, o devedor e até mesmo um terceiro podem acordar em separar um bem cujo valor ou renda será aplicado exclusivamente na satisfação da dívida, os chamados direitos reais de garantia, dentre eles o penhor, a hipoteca e a anticrese.

Completando esses direitos reais de garantia, tem-se a alienação fiduciária. Diferente dos demais, que se constituem como direitos reais sobre coisa alheia, a propriedade fiduciária, por sua vez, recai sobre coisa que é do domínio do credor.

A fidúcia, todavia, é mais eficaz que as outras garantias, uma vez que o devedor transmite ao credor a propriedade ou titularidade do bem ou direito, que, então, permanecerá no patrimônio do credor como propriedade fiduciária, até que o crédito seja satisfeito.

O sistema de garantias passa a ser mais eficiente, dotando-se o credor com mecanismos de tutela de crédito melhor estruturados.

De modo que a complexidade da vida moderna trouxe novos instrumentos de garantia e, como afirma Caio Mário da Silva Pereira, “foi então que o direito moderno acordou da poeira dos séculos o negócio fiduciário, que o Direito Romano já conhecia nas duas figuras da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*”, tendo farta aplicação no período clássico do direito romano, abolido no direito justinianeu. (PEREIRA, 2003).

A primeira delas, a *fiducia cum amico*, não tinha função de garantia. O fiduciante vendia a coisa de sua propriedade a um amigo para acautelá-la de um risco ou de uma álea, como quando da sua ausência em uma viagem prolongada, na confiança (*fiducia*) de que esse bem ser-lhe-ia restituído passado o perigo.

Essa modalidade de fidúcia não tinha o objetivo de garantir um crédito, sendo socialmente interessante para preservar bens do fiduciante de execuções arbitrárias em tempos de guerra, ausências prolongadas, confisco de bens em época de perseguição política etc.

Marcel Chiavasa de Mello Paula Lima ressalta que o grau de confiança exigido era maior do que na *fiducia cum creditore*; ante o grau de incerteza jurídica, só poderia ser

celebrado entre amigos, razão pela qual o instituto recebeu o nome de *fiducia cum amico*. (PAULA LIMA, 2014).

Na *fiducia cum creditore*, que mais se aproximava da retrovenda, o devedor transferia, por venda, seus bens ao credor, com a ressalva de recuperá-los em determinado tempo se efetuasse o pagamento da dívida.

Relata Caio Mário da Silva Perreira que esse instituto foi suprimido pelo direito justiniano e não foi acolhido nos sistemas romano-cristãos e, por conseguinte, não foi pensado no Código Francês de 1804, nem no BGB de 1896, nem tampouco no CC de 1916, tendo sido desenvolvido nos sistemas da *Common Law (trust)*. (PEREIRA, 2003).

Ainda nesse breve esboço histórico, há que se mencionar a figura do direito germânico, espécie da fidúcia romana *cum creditore*, que era o penhor de propriedade, chamado de *Treuhand* (que significa *confiança*). O devedor transferia a propriedade de determinada coisa ao credor que se comprometia a restituí-la assim que pago o débito. O acordo, muito semelhante ao *pactum fiduciae* do direito romano, formalizava-se mediante a entrega pelo devedor de uma carta *uenditiones* ao credor, que, em contrapartida, entregava àquele uma *contracarta*.

“Em essência, a fidúcia, desde a sua mais remota concepção, encerra a ideia de uma venda fictícia, ou provisória: era a convenção pela qual uma das partes (o fiduciário), tendo recebido de outra (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-la uma vez alcançado determinado fim, estipulado naquele pacto”. (CHALHUB, 2014, p.153).

A diferença principal entre a fidúcia romana e a fidúcia do antigo direito germânico era a de que neste o bem era dado em garantia sob condição resolutiva que, quando cumprida, determinava o retorno da propriedade ao antigo proprietário; enquanto que no direito romano, o poder jurídico conferido ao fiduciário era ilimitado, embora se comprometesse a restituir a coisa transmitida tão logo fosse implementada a obrigação do devedor. A solução brasileira é de origem germânica e não romana, pois a *fidúcia* não era com transmissão condicionada, (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 348 ou seja, no direito alemão a confiança possuía uma denotação mais objetiva, firmada na confiança que estabelece a posição jurídica do devedor-fiduciante e do credor-fiduciário.

José Carlos Moreira Alves, ao estudar a evolução das garantias reais no direito romano, desde a fidúcia à hipoteca, ressalta que parece que sempre houve a preocupação de se conciliar a proteção do direito do credor com a facilitação de cumprimento pelo devedor da obrigação contraída, no intuito da tutela eficiente do crédito. (ALVES, 1979, p. 7). Para o

jurista, a alienação, tal como estruturada no direito pátrio, mais se assemelha à *chattel mortgage* (hipoteca mobiliária), sendo figura típica do direito brasileiro e que mostrou ser relevante instrumento de proteção ao crédito. (ALVES, 1979, p. 32).

Com a evolução da industrialização, notadamente, a partir de dos anos 1930, marcada pelo crescimento de um mercado interno que, nos anos 1960, entrou em recessão econômica, houve necessidade de medidas que estimulassem a volta do desenvolvimento, fazendo surgir o mercado de capitais, constituído por uma série de operações e instituições, com o objetivo de obter recursos, de maneira a transferi-los aos setores produtivos: indústria e comércio.

Nessa linha, foram editadas as Leis nº 4.494/64 e 4.728/65, sucedidas pelo Decreto-lei nº 911/69, Lei nº 6.071/74, Lei nº 9.514/97 (arts. 22 a 33) e a Lei nº 10.931/2004, regendo a alienação fiduciária em garantia. A Lei de Mercado de Capitais veio albergar o instituto da alienação fiduciária resgatado das experiências romana e germânica, para captar recursos, a fim de melhorar as operações de crédito e, ao mesmo tempo, de financiar a aquisição de alguns bens de consumo.

A alienação fiduciária foi rejeitada inicialmente no nosso direito, sendo que, ao elaborar o Projeto do Código Civil de Obrigações, nos idos de 1965, Caio Mário da Silva Pereira inseriu o artigo 672, que tratava do contrato de fidúcia.

Outrossim, também não esteve presente no Anteprojeto do Código Civil de 1972. Não obstante, enquanto os juristas tentavam incluir o contrato de fidúcia na legislação civil que alteraria o Código Civil de 1916, a Lei de Mercado de Capitais, Lei 4.728/65, inseriu em nosso sistema normativo a alienação fiduciária em garantia, com matriz na *fidúcia cum creditore* dos romanos, como já mencionado.

Ampliou-se o escoamento da produção industrial, permitindo-se a aquisição de bens, como eletrodomésticos e automóveis a uma larga faixa da população que, até então, não tinha a possibilidade de adquirir esses bens de consumo.

O Código Civil de 2002, nessa esteira, veio, nos artigos 1.361 a 1.368, reger genericamente a propriedade fiduciária, no tocante a coisas móveis infungíveis (art. 1.361), direito real oriundo do instituto da alienação fiduciária, com aplicação subsidiária, quando não conflitar com a legislação de regência relativa à alienação fiduciária, bem como a

pertinente à cessão fiduciária de direitos sobre móveis, como dispõe o art. 1.368-A do Código Civil, de acordo com a redação dada pela Lei nº 10.931/2.004.¹

2. CONCEITO, NATUREZA E DISCIPLINA JURÍDICA

A alienação fiduciária em garantia possui, então, raízes nos contratos de fidejussão romano e germânico, mas com eles não se confunde, pois, o elemento confiança é prescindível no sistema jurídico brasileiro. Darcy Bessone, citado por Marcelo Chiavasa de Mello Paula Lima, salienta que “o devedor não transfere ao credor o domínio e a posse indireta por confiar nele, até mesmo porque frequentemente nem o conhece. Faz tal transferência por confiança em si mesmo, o que quer dizer que, ao celebrar o contrato de garantia, está certo de que terá condições para solver o débito e, por consequência, reaver o domínio e a coisa, por efeito de condição resolutiva, que a lei estabelece”. (PAULA LIMA, 2014, p. 05).

Desse quadro, pode-se concluir que o capítulo da propriedade fiduciária foi integralmente introduzido pelo Código Civil vigente, havendo, como já afirmado, legislação especial acerca da matéria que, em princípio, poder-se-ia sistematizar da seguinte forma:

- (i) os artigos 1.361 a 1.368 do Código Civil disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor fiduciário não for instituição financeira;
- (ii) o art.66-B da Lei nº 4.728/65, acrescentado pela Lei nº 10.931/2.004, que também acrescentou o artigo 1.368-A ao Código Civil, e o Decreto-lei nº 911/69, disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis, quando o credor fiduciário for instituição financeira;
- (iii) a Lei nº 9.514/97, também modificada pela Lei nº 10.931/2.004 e Lei nº 13.645/2017, disciplina a propriedade fiduciária sobre imóveis, quando os partícipes não forem instituições financeiras;
- (iv) já a Lei nº 6.404/76, disciplina a propriedade fiduciária de ações;
- (v) e a Lei nº 9.514/97, com redação dada pela Lei nº 10.931/2.004, disciplina a titularidade fiduciária de créditos como lastro de operação de securitização de

¹ Art. 1.3468-A: “As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”.

dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário.(LOUREIRO, 2009, p. 1.370-1.371).

- (vi) O artigo 1.368-B do Código Civil, acrescentado pela Lei nº 13.043/2014, disciplina a alienação fiduciária em garantia de bens móveis e imóveis, conferindo direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário e sucessor.

Assim, o comércio, que carecia de instrumentos mais dinâmicos de garantia, ganha novos contornos de segurança para o credor.

De sorte que se pode conceituar a propriedade fiduciária, como “a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de uma obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida” (PEREIRA, 2003, p. 426).

Trata-se de um único negócio jurídico, embora composto de duas relações jurídicas: (i) uma obrigacional, que se expressa no débito contraído, e outra (ii) real, representada pela garantia, que é um ato de alienação temporária ou transitória, uma vez que o fiduciário recebe o bem não para tê-lo como próprio, mas com o fim de restituí-lo com o pagamento da dívida (propriedade resolúvel).

Logo é um negócio jurídico subordinado a uma condição resolutiva, uma vez que a propriedade fiduciária cessa em favor do alienante, com o cumprimento dessa condição, de modo que o alienante que transferiu a propriedade fiduciariamente readquire-a com o pagamento da dívida.

O devedor transmite ao credor o domínio do bem, embora conserve a posse direta, para que, se a dívida não for paga, ele (credor) venda o bem para satisfazer seu crédito com o preço obtido; se a dívida for paga, o credor deverá restituir a propriedade ao devedor.

Denota-se que o escopo de garantia é da essência do negócio. Veja-se que no penhor, por exemplo, o devedor continua dono do bem dado em garantia, tendo o credor o direito de garantia sobre coisa alheia. Ao passo que na alienação fiduciária, o devedor (fiduciante) transfere a propriedade do seu bem ao credor (fiduciário) que terá direito real na coisa própria.

A alienação fiduciária é, por conseguinte, um negócio jurídico (i) bilateral, já que cria obrigações tanto para o fiduciário (dever de restituir o bem uma vez paga a dívida) e para o fiduciante (de pagar a dívida e ter seu bem de volta); (ii) oneroso, porque beneficia ambos os contratantes, gerando uma obrigação creditícia ao alienante e assecuratória ao adquirente; (iii) acessório, pois para sua existência depende de uma obrigação principal que pretende garantir; e (iv) formal, pois requer sempre para sua constituição um instrumento escrito, público ou

particular. Diz-se ainda que é negócio jurídico (v) indivisível, pois o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração da garantia.

Deve a alienação fiduciária preencher requisitos subjetivos, objetivos e formais para sua constituição válida. Os primeiros, dizem respeito à legitimidade ativa e passiva para contratar, podendo alienar em garantia qualquer pessoa física ou jurídica de direito privado ou público. Esse instituto não é mais privilégio das sociedades financeiras, podendo ser utilizado por pessoas particulares ou por pessoas jurídicas de direito público, dotadas de capacidade genérica e de capacidade específica de disposição. Pode-se, ainda, dizer que o terceiro interessado (avalista, fiador) poderá pagar a dívida sub-rogando-se de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária.

A alienação fiduciária em garantia incide sobre bem móvel infungível e sobre bens imóveis construídos ou em construção (requisito objetivo).

Quanto ao requisito formal, afirma-se que a alienação fiduciária requer, para sua constituição, instrumento escrito (particular ou público), qualquer que seja seu valor, que conterá: 1. total da dívida ou sua estimativa; 2. prazo ou época do pagamento; 3. taxa de juros, se houver; 4. cláusula penal; 5. estipulação de atualização monetária; 6. descrição do objeto da alienação e os elementos de identificação.

O instrumento do contrato, seja ele público ou particular, só valerá contra terceiros, sendo oponível *erga omnes*, quando arquivado no Registro de Títulos e Documentos no domicílio do devedor, ou em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento (DETRAN), fazendo-se anotação no certificado de registro. Se se tratar a alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis, requer-se escritura pública e seu registro no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição competente. Sem a observância desses requisitos, ter-se-á apenas um direito de crédito sem oposição *erga omnes* e sem execução direta.

Os direitos do devedor fiduciante podem ser elencados em:

a) ter a posse direta da coisa alienada em garantia fiduciária. O devedor fiduciante possuirá o bem em nome do adquirente (fiduciário), conservando-a em seu poder como mero depositário, devendo sob suas expensas e risco usar da coisa conforme sua destinação, com diligência, restituindo-a ao credor (fiduciário) se não pagar o débito no vencimento.

b) a restituição simbólica do bem dado em garantia assim que pagar a dívida com a baixa no cartório onde houver sido arquivada sua constituição, recuperando sua propriedade em toda sua plenitude.

c) reivindicar o bem uma vez paga a dívida, não cabendo recusa do credor fiduciário em devolvê-lo, dado o caráter resolúvel da propriedade.

d) receber do fiduciário o saldo da venda da coisa alienada, em razão do inadimplemento de sua obrigação (remanescente)

e) propor ação de consignação se o fiduciário se recusar a receber o pagamento ou dar quitação.

f) purgar a mora se já tiver pago 40% do financiamento.

g) transmitir ou ceder suas obrigações a um terceiro, com anuência do fiduciário, os direitos de que seja titular.

h) tornar eficaz a transferência da propriedade fiduciária se adquiriu o domínio superveniente, produzindo efeito *ex tunc*, desde o arquivamento do instrumento junto ao cartório competente.

O devedor fiduciante tem o dever de:

a) respeitar a alienação fiduciária em garantia, pagando sua dívida com seus acessórios pontualmente, sujeitando-se à execução da garantia se for inadimplente.

b) manter e conservar o bem alienado, defendendo-o com todos os interditos possessórios.

c) permitir que o fiduciário fiscalize em qualquer tempo o estado do bem.

d) não dispor da coisa alienada fiduciariamente, gratuita ou onerosamente, porque o bem não mais lhe pertence.

e) entregar o bem no caso de inadimplemento da sua obrigação.

f) continuar obrigado pessoalmente pelo remanescente da dívida se o produto alcançado da venda não for suficiente para saldar a dívida.

O devedor fiduciante responde pelos impostos, taxas, contribuições condominiais incidentes sobre o bem alienado ao fiduciário. É seu dever conservar o bem alienado (CC, art. 1.363, I) e permitir que o fiduciário fiscalize o estado da coisa. (ROCHA, 2010, p. 215).

Os direitos e deveres do credor fiduciário são:

a) ser proprietário resolúvel da coisa gravada, tendo a posse indireta do bem.

b) reivindicar o bem alienado fiduciariamente contra terceiro ou o fiduciante que injustamente a detiver.

c) vender judicial ou extrajudicialmente a terceiro a coisa que adquiriu fiduciariamente no caso de inadimplemento, entregando o saldo remanescente se houver ao fiduciante.

d) continuar sendo credor do fiduciante se o bem não for suficiente para pagamento da dívida.

e) mover ação de depósito contra o fiduciante

f) pedir a devolução da coisa fiduciária se houver falência do fiduciante

g) oferecer embargos de terceiro se o bem for penhorado por qualquer credor

h) requerer a busca e apreensão do bem

i) propor ação possessória

j) considerar vencida a dívida independentemente de aviso ou notificação se o devedor não pagar uma das prestações.

k) consolidar a propriedade imobiliária em seu nome se o fiduciante não purgar a mora

l) pedir a reintegração de posse uma vez consolidada a propriedade para desocupação em 60 dias

m) obter a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, se houver insolvência do fiduciante.

Dentre os deveres do credor fiduciário estão os de:

a) respeitar o uso da coisa alienada pelo fiduciante

b) restituir o domínio do bem uma vez paga a dívida

c) empregar o produto da venda da coisa alienada se inadimplente o devedor no pagamento de seu crédito.

O credor fiduciário não poderá ficar com o bem móvel alienado fiduciariamente se o débito não for pago no vencimento, deverá vendê-lo judicial ou extrajudicialmente a terceiro, sendo vedado o pacto comissório.

A vedação ao pacto comissório, - que pode ser entendido como a cláusula pela qual se permite a transferência definitiva do bem objeto da garantia para o credor, em caso de inadimplemento, pelo saldo devedor - reside em não permitir que o credor fiduciário incorpore o bem ao seu patrimônio pelo saldo devedor. Entretanto, admite-se a possibilidade do pacto marciano.

Aline de Miranda Valverde Terra, na esteira da definição de Lafayette Pereira, admite a possibilidade deste último, que entende de inegável utilidade social, lícito e merecedor de tutela.

“O pacto marciano, assim entendido o acordo acessório por meio do qual as partes conferem ao credor, diante do inadimplemento absoluto do devedor, a faculdade de se apropriar do bem objeto da garantia, desde que (i) o bem seja previamente submetido à avaliação independente, levada a cabo por terceiro, (ii) e que se restitua ao devedor a quantia que, eventualmente, sobejar o valor da dívida”. (TERRA; GUEDES, p. 66).

De modo que ao se admitir o pacto marciano, a apropriação do bem pelo credor se dá com base em valor determinado por avaliação realizada por terceiro independente e imparcial, “a afastar o risco de prejuízo para o devedor ou para os demais credores. O pacto marciano não suscita, por conseguinte, a assimetria inerente ao pacto comissório”. (TERRA, p. 66).

A extinção da propriedade fiduciária ocorrerá com: a) o adimplemento ou extinção da obrigação; b) o perecimento da coisa alienada fiduciariamente; c) a renúncia do credor; d) a adjudicação judicial, remição, arrematação ou venda extrajudicial; e) a confusão; f) a desapropriação da coisa alienada fiduciariamente; g) o implemento de condição resolutiva a que estava subordinado o domínio do alienante.

No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o artigo 27 da Lei 9.514/ prevê a possibilidade de rescisão do contrato:

“A alienação fiduciária “envolve relação de consumo e contrato de adesão”, que, por si só, autorizaria o devedor fiduciante a “postular a rescisão da avença, em virtude de sua incapacidade financeira para continuar honrando as parcelas”, com a consequente exoneração da sua obrigação de pagar a dívida contraída no contrato de financiamento”.²

Entretanto, correto o entendimento de que, em caso de não pagamento, há a excussão da dívida e não a resolução do contrato:

“Não se resolve contrato, mas sim se executa garantia, o que é estruturalmente distinto. A construtora vendedora cumpriu integralmente a sua prestação, entregando o imóvel e celebrando o contrato de compra e venda. Financiou o preço e tornou-se credora fiduciária, com propriedade resolúvel sobre a unidade autônoma”.³

² Apelação 0104383-79.2007.8.26.0100, 9a Câmara de Direito Privado do TJSP, rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 23.2.2016.

³ Embargos Infringentes no 0014916- 27.2010.8.26.0604/50001, rel. Des. Francisco Eduardo Loureiro, j. 11.8.2015

3. NATUREZA JURÍDICA AMBIVALENTE DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Silvio Luis Ferreira da Rocha afirma que “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. A propriedade fiduciária, como meio de garantia, representa a transferência ao credor pelo devedor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível (CC, art. 1.361) ou fungível (Lei 4.728/1995, art. 66-B, par 3º), ou, ainda, de um bem imóvel (Lei 9.514/1997, art. 22 a 33), em garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação”. (ROCHA, 2010, p. 213).

Desse modo, a alienação fiduciária em garantia transfere o domínio resolúvel ao credor, mesmo sem a tradição efetiva do bem, ficando este na posse indireta da coisa alienada, enquanto o devedor ou alienante, será possuidor direto e depositário do bem.

Com o registro do contrato de alienação fiduciária, constitui-se a propriedade fiduciária. O artigo 1.361, par 1º do CC dispõe que o contrato pode ser tanto por instrumento particular como por instrumento público, e, em se tratando de veículos, o registro dar-se-á na repartição competente para o licenciamento. No caso de alienação fiduciária de bem imóvel, o contrato será por escritura pública e levado a registro no Registro de Imóvel.

Dos conceitos acima se extrai que a função da alienação fiduciária está – como a própria expressão diz – em *garantir*. A propriedade alienada serve para assegurar o débito.

A propriedade fiduciária gera, então, a transferência da propriedade ao credor, onde se verificam duas declarações de vontade: (i) a de alienação e (ii) a de que a propriedade retorne ao devedor. Ao revés do direito romano, o retorno condicional – ou a condição resolúvel – está ínsita no próprio ato, não tendo destaque as duas declarações.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, domínio que traz em si mesmo o germe de sua cessação, quando do pagamento. E a posse, que era dicotomizada, perde essa característica, e passa a ser uma só, do fiduciante. (PEREIRA, 2013).

A propriedade fiduciária tem, portanto, como requisito especial, a sua destinação econômica e sua finalidade assecuratória.

Ressalte-se que a sua finalidade precípua é a de prover o devedor de meios para pagar, daí ter alçado à popularidade, justamente pela agilidade na recuperação do crédito.

Antes de adentrar na análise funcional do instituto da alienação fiduciária, é preciso mencionar que a propriedade fiduciária introduzida pelo Código Civil vigente, e da qual a alienação fiduciária decorre, vem clara e expressamente definida no art. 1.361 do mesmo

diploma como sendo propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com o escopo de garantia, transfere ao credor.

Nota-se aqui, sem dúvida a presença da propriedade temporária, *ad tempus*, denominada resolúvel ou revogável, que pode advir de um negócio *inter vivos* ou *causa mortis*, sendo aquela, no dizer de Clóvis Beviláqua “... que no próprio título de sua constituição encerra o princípio que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou vindo o termo extintivo, seja por força da declaração de contrade, seja por determinação da lei”. (BEVILÁQUA apud DINIZ, 2018, p. 385).

Maria Helena Diniz cita como exemplo de propriedade resolúvel, a alienação fiduciária em garantia, descrevendo que o credor fiduciário passa a ser o proprietário das coisas alienadas pelo fiduciante, adquirindo o domínio desses bens, operando-se a resolução no momento em que cessar a garantia, voltando as coisas para o patrimônio do originário titular.

Essa operação ocorre na medida em que o fiduciário adquire os bens para garantir seu crédito. Trata-se de um negócio translativo que se vincula a negócio obrigacional, com eficácia subordinada ao cumprimento da obrigação assumida no contrato pelo fiduciante. Por outra parte, o fiduciário tem o dever de restituir o bem se o débito for saldado, pagamento que se apresenta como condição resolutiva, que, por sua vez, põe fim à propriedade fiduciária, espécie de propriedade resolúvel. (DINIZ, 2018, p. 386).

Verifica-se que a propriedade fiduciária é espécie de propriedade resolúvel que, por sua vez, só terá eficácia enquanto subsistir o débito para com o devedor, fiduciante. Como fixa o art. 1.359 do Código Civil, resolvida a propriedade pelo advento da condição ou pelo termo, entende-se resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, poderá reivindicar a coisa em face de quem a detenha ou possua.

Importante frisar que os efeitos incidentes no exercício da propriedade resolúvel podem variar. Via de regra, o titular da propriedade resolúvel pode exercer todos os direitos e cumprir deveres inerentes à propriedade e com a realização do evento os efeitos poderão cessar. Sobreleva ressaltar, entretanto, que a depender do título causal ou da função que exercerá a propriedade resolúvel, esse exercício poderá se relativizado v.g. propriedade fiduciária.

A alienação fiduciária em garantia que consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível (art. 1.361 do

Código Civil - propriedade fiduciária) ou fungível (Lei nº 4.728/65, art.66-B, §3º, acrescentado pela Lei nº 10.931/2004) ou, ainda, de um bem imóvel (Lei nº 9.514/97, arts. 22 a 33), como garantia de seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida grantida. (DINIZ, 2018, p. 657).

Trata-se de um negócio jurídico uno, muito embora composto de duas relações: (i) obrigacional, que se expressa pelo débito contraído, e a outra (ii) real, representada pela garantia, que se reune em um ato de alienação temporária ou transitória, uma vez que o credor fiduciário recebe o bem como próprio, mas com objetivo de restituição, se pagamento houver.

Nítida, por conseguinte, a natureza ambivalente do instituto da alienação fiduciária em garantia, que vem a ser um direito real em que o proprietário devedor fiduciante transfere ao credor fiduciário a propriedade de seu bem e aquele passa a ter direito real sobre coisa própria, por ser pessoal e real ao mesmo tempo, mas, ressalve-se que, por conta de direito de garantia, não se confunde com a propriedade fiduciária, apesar de ser por ela gerada.

Vitor Frederico Kümpel, ao tratar da alienação fiduciária, firma posição de que propriedade resolúvel, tal como se conhece, não é. Esclarece que na propriedade resolúvel, independente da sua origem, ocorre a transmissão do domínio do antigo proprietário para o proprietário resolúvel, “podendo o titular reivindicante trazer de volta a coisa, uma vez operada a resolubilidade (art. 1.359 CC). Numa ideia mais simples é isso que se verifica na retrovenda. O proprietário aliena um bem ao proprietário resolúvel e pode reivindicar o bem no prazo máximo prorrogável por três anos, restituindo e reembolsando tudo o que pagou (art. 505 do CC/02)”. (KUMPEL, 2014).

Ressalta o autor que esse fenômeno não acontece de forma alguma na alienação fiduciária, justamente porque não é propriedade resolúvel.

Deixa claro que “não é propriedade resolúvel, não porque a lei ou a vontade estejam envolvidas; não é propriedade resolúvel, porque ao celebrar o negócio o credor fiduciário não se torna proprietário do bem resolúvel e nem o devedor fiduciante se torna a titular reivindicante. Ao estabelecer o negócio, o bem deixa de ser de titularidade do devedor, mas também não ingressa no patrimônio do credor. O bem fica afetado, ou seja, sem titular certo. Ocorre como se o bem tivesse sido abandonado ou renunciado, fica num limbo jurídico, fora do comércio, por arbítrio de qualquer das partes. O credor fiduciário, na vigência do contrato não pode usar fruir ou dispor do bem, tem um mero crédito abstrato e insuscetível de ser

resgatado na vigência do contrato. Já o devedor fiduciante pode usar e fruir, mas não pode dispor sem a anuência do credor (art. 28 da lei 9.514/07). Obviamente, o devedor fiduciante é muito mais titular da coisa que o credor fiduciário, tem a posse direta, o uso e a fruição. Já o credor como já dito não tem nada, a não ser aguardar a mora e o inadimplemento para aí sim consolidar a propriedade em si”. (KUMPEL, 2014).

Na chamada alienação fiduciária, como na de bens imóveis, a propriedade fica no “limbo até a ocorrência do pagamento ou quitação, ocasião em que o antigo titular (devedor fiduciante) retoma a integralidade de poderes (art. 25, parágrafos 1o e 2o) ou opera-se a mora e o inadimplemento com efetiva consolidação de domínio pelo credor ocasião em que passa a estar obrigado a recolher o ITBI e eventual laudêmio sob o bem (art. 22, § 1o combinado com o art. 26 da lei 9.514/97)”. (KUMPEL, 2014).

Os direitos objeto de propriedade fiduciária são retirados do patrimônio do titular (fiduciante) e atribuídos com restrições ao do fiduciário, mas não ingressam no seu patrimônio geral, sendo, antes, alocados em um patrimônio separado, de afetação, aí permanecendo afetados ao cumprimento da função definida no negócio de transmissão fiduciária. Tanto que o credor fiduciário, como dito acima, não pode usar fruir ou dispor do bem na vigência do contrato. Ele tem um crédito abstrato e nada pode, a não ser aguardar a mora e o não cumprimento da dívida para consolidar a propriedade em si, ao passo que o devedor fiduciante, por ter a posse direta e ser o depositário do bem, é muito mais titular da coisa.

José Carlos Moreira Alves, por sua vez, admite que a propriedade fiduciária é propriedade – além de resolúvel – limitada pela lei para atender à finalidade de garantir a tutela do crédito; enquanto o escopo de garantia perdura, a lei atua “como elemento de compressão sobre o conteúdo do domínio atribuído ao credor; deixando de ser necessária a garantia, cessa a pressão, e, automaticamente, a propriedade volta a sua plenitude anterior”. (ALVES, 1979, p.123).

Paulo de Barros Carvalho é categórico na assertiva de que “muito diferente, porém, é a “propriedade resolúvel” inerente à alienação fiduciária. Nessa hipótese, não se transmite a titularidade do bem, mas apenas grava-se a coisa com ônus real, tendo por finalidade garantir a satisfação do débito. E o adjetivo “fiduciária” não deixa dúvidas quanto a isso, pois indica o caráter “garantidor” do negócio. Toda situação denominada “propriedade fiduciária” decorre

de vínculo negocial que tem por objeto a constituição de uma garantia ao adimplemento de obrigações”. (CARVALHO, 2010).

Castan Tobeñas, citado por José Carlos Moreira Alves, ressalta a elasticidade da propriedade (*Elasticität des Eigentums*): “O domínio es elástico, porque essas faculdades pueden ser objecto de ampliaciones o reducciones, em cantidad o em intensidade, sin que por ello perda el dominio su naturaliza essencial”. (ALVES, 1979, p. 123).

Ou seja, ela não é direito real limitado, mas, sim, modalidade de domínio limitado, limitação que resulta do fim em si, de tutela do crédito. “A propriedade fiduciária é, durante toda a sua existência, limitada pela resolubilidade e pelas restrições que sofre seu conteúdo, em virtude do escopo de garantia”. (ALVES, 1979, p. 123).

Como assegura Paulo de Barros Carvalho, por conta do escopo de garantia, “os bens mantidos sobre a “propriedade” fiduciária das instituições financeiras, enquanto garantidores dos débitos contraídos por seus proprietários, assim como os respectivos frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio dos credores. A chamada “propriedade fiduciária”, por conseguinte, não configura propriedade verdadeira, plena em seus atributos”. (CARVALHO, 2010).

A natureza ambivalente da propriedade fiduciária, para a concepção que se adota, aponta que a garantia grava a coisa com ônus real, como se – em exercício de ficção – houvesse a transferência da propriedade em caráter resolúvel.

Há um limitador na propriedade que se transfere, com a “compressão” dos poderes inerentes ao domínio, pois o credor fiduciário só se reveste da qualidade de proprietário pleno quando, com a realização da garantia, consolida na sua pessoa a propriedade.

4. RESPONSABILIDADE PELOS TRIBUTOS, MULTAS E DESPESAS CONDOMINIAIS SOBRE A COISA ALIENADA

Não se olvide, portanto, que a alienação fiduciária em garantia é ao mesmo tempo um direito real de garantia e um direito real de aquisição.⁴

⁴ Vide classificação dos Direitos reais de garantia in Diniz Maria Helena, Curso de Direito Civil, v.4., 32ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p.420

Art. 1.368-B. A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014)

Parágrafo único. O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da

Reforçando a função originária ambivalente desse instituto, o art. 1.368-B do Código Civil, introduzido pela Lei nº 13.043/2014, considera a propriedade fiduciária também como direito real de aquisição, destacando que a alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. E, complementa o parágrafo único, que o credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento de tributos sobre a propriedade e posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem.

Embora a Lei n. 13.043/2014 tenha deixado claro o termo em que o credor fiduciário passa a responder pelos tributos e taxas incidentes sobre o bem alienado, Luísa Cristina Miranda Carneiro fala sobre a discussão que se trava em torno da identificação do sujeito passivo do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) quando veículo é objeto de alienação fiduciária. Afirma que tal celeuma se verifica na medida em que o Constituinte elegeu a propriedade como relação jurídica apta a desencadear a tributação estadual e, algumas leis, interpretando equivocadamente a expressão “propriedade fiduciária”, partem do pressuposto de que o credor fiduciário é o proprietário do bem alienado, incluindo-o como sujeito passivo do imposto que onera o bem. Ressalta que, em algumas casos, a legislação estadual tributária faz tábula rasa do fato de que o credor fiduciário não exerce quaisquer direitos inerentes à propriedade, não podendo usar, gozar nem dispor do bem. (CARNEIRO, 2015).

No caso de veículos, as leis de alguns estados incluem as instituições financeiras como sujeito passivo do IPVA, como o fez o de Minas Gerais, na Lei Estadual n. 14.937/03, ao estabelecer a responsabilidade solidária do credor fiduciário (artigos 4º e 5º).

Mesmo tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido que o credor da alienação fiduciária não pode ser sujeito passivo de débitos inerentes ao veículo automotor, como multas de trânsito e despesas decorrentes de infrações praticadas pelo uso do veículo (como no REsp 669810/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 16.3.2006, DJ 10.4.2006), Luísa Cristina Miranda Carneiro traz à baila o fato de que os Ministros do STJ

garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem.
13.043, de 2014)

(Incluído pela Lei nº

não apreciaram a discussão quanto à matéria específica do IPVA nos termos da Súmula 280 do STF (Resp nº 1.380.449), deixando ao Supremo Tribunal Federal o enfrentamento da questão.

O Supremo Tribunal Federal, no RE 727.851 MG, em relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral no que diz respeito à controvérsia relativa à incidência da imunidade recíproca, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Carta da República, no tocante ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA a recair em automóvel alienado fiduciariamente por instituição financeira a município

Embora na alienação fiduciária o credor fiduciário possua apenas o domínio resolúvel do bem, sem qualquer interesse em incorporá-lo ao seu patrimônio, mais ainda, sem a possibilidade de tomada a coisa, poder com ela permanecer, devendo vendê-la para, então, apropriar-se do valor correspondente ao seu crédito, evidenciada está a finalidade principal de garantia. Assegura Luísa Cristina Miranda Carneiro, pois, que “os bens, enquanto garantidores dos débitos contraídos por seus efetivos proprietários, assim como os respectivos frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio do credor alienante, mas, sim, com o patrimônio do devedor, que tem todos os poderes de gerência e assume os riscos pela coisa. Isto é, durante a vigência do contrato de alienação fiduciária, o devedor fiduciante é quem detém os direitos de uso e gozo do bem com ânimo de dono”. (CARNEIRO, 2015).

O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o alcance da responsabilidade dos arrendadores, proprietários dos veículos pelas despesas decorrentes da remoção, guarda e manutenção dos bens nos depósitos municipais (preço público) ou de multas, aplicadas por exemplo, no transporte irregular de passageiros, firmou o entendimento que são despesas decorrentes de infração cometida na condução do veículo pelo devedor fiduciante, sendo, portanto, de sua responsabilidade, nos termos do parágrafo 3º do art. 257 do CTB, em que pese o credor fiduciário tenha retomado a posse do veículo por meio de busca e apreensão.

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. PREÇO PÚBLICO. REMOÇÃO E ESTADIA DE VEÍCULOS. APREENSÃO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DEVEDOR FIDUCIANTE. ART. 257, § 3º, DO CTB. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. (...) III - A responsabilidade pelo pagamento de preço público de remoção e estadia de veículos, apreendidos em razão de sua utilização para o transporte irregular de passageiros (lotação), pelo devedor fiduciante, é deste, a teor do parágrafo 3º do art. 257 do CTB, em que pese o

credor fiduciário tenha retomado a posse dos bens, por meio de busca e apreensão. IV - Cabe ao condutor a responsabilidade pelas infrações advindas de atos praticados na direção do automóvel. Sendo o condutor o infrator, é ele, e não o proprietário do veículo, quem deve receber notificação da penalidade. V - Sendo assim, não deve o credor fiduciário, que não estava na posse do bem e não praticou qualquer falta administrativa, ser responsabilizado monetariamente, possuindo apenas a sua propriedade resolúvel. VI - Recurso especial improvido”.⁵

“EXECUÇÃO FISCAL – DÍVIDA ORIUNDA DE ESTADA DE VEÍCULO OBJETO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO FIDUCIÁRIO. 1. Cabe ao condutor a responsabilidade pelas infrações advindas de atos praticados na direção do automóvel. Sendo o motorista o infrator, é ele, e não o proprietário do veículo, quem deve receber notificação da penalidade. 2. O credor fiduciário (banco), que possui apenas o domínio resolúvel da coisa alienada, não pode ser responsabilizado pelas despesas de remoção e estadia de veículo por infração administrativa do condutor do veículo. Agravo regimental improvido.”⁶

A tributação do IPVA pode recair, unicamente, sobre a pessoa que age como titular do domínio e da posse, na qualidade de elementos inerentes à propriedade. “Conforme rígida repartição constitucional das competências tributárias, os Estados e o Distrito Federal só estão autorizados a instituir o IPVA sobre a propriedade, sendo-lhes vedado, por conseguinte, exigir esse imposto em relação aos atributos ou desdobramentos da propriedade, isoladamente considerados”, afirma Paulo de Barros Carvalho. Isso porque, repita-se, o credor fiduciário tem o direito de garantia real sobre o veículo automotor e não a “verdadeira” propriedade. (CARVALHO, 2010).

Em se tratando de alienação fiduciária de bem imóvel, também polêmica a cobrança do Imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a ele relativo (ITBI), do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) e despesas condominiais. Uma das questões controvertidas diz respeito à possibilidade de incidência do imposto sobre transmissão *inter vivos* de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis (ITBI) no momento da consolidação da propriedade fiduciária.

O ITBI possui como fato gerador a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso de bens imóveis, seja por natureza ou acessão física; ou a transmissão *inter vivos*, a

⁵ REsp 669810/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 16.3.2006, DJ 10.4.2006.

⁶ REsp 669810/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 16.3.2006, DJ 10.4.2006

qualquer título, por ato oneroso de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão onerosa de direitos relativos à aquisição de bens imóveis. O fato gerador tem por pressuposto: a transmissão/cessão; a onerosidade; e a natureza do bem como imóvel ou direito real sobre tal bem imóvel. Algumas decisões judiciais tem declarado a não incidência do ITBI por ocasião da consolidação da propriedade em nome do credor sob o argumento de que (i) tendo o imposto sido recolhido por ocasião da instituição da alienação fiduciária com o registro no Registro de Imóveis, não há razão para fazê-lo novamente, sob pena de *bis in idem*; (ii) antes da consolidação, a propriedade já era do credor, não havendo fato gerador por não haver transmissão; e (iii) art. 26, §7º da Lei 9.514/97, viola a reserva de lei complementar, uma vez que a lei ordinária não pode determinar o fato gerador do ITBI (art. 146, III, “a” da CF).

O raciocínio se desenvolve nas afirmações de que na alienação fiduciária, não há qualquer transmissão de propriedade no momento da consolidação em caso de inadimplemento, uma vez que o credor fiduciário já é proprietário do bem imóvel dado em garantia, ainda que sob condição resolúvel. A execução da garantia pelo credor fiduciário não tem por finalidade lhe atribuir propriedade, mas, sobretudo, ensejar a alienação do bem em leilão ou venda direta. A consolidação da propriedade se dá com a omissão do devedor em cumprir sua obrigação, o que revela a inexistência de onerosidade na transmissão imobiliária.

Entretanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, firmando a constitucionalidade do artigo 26, parágrafo 7º da Lei 9.514/97, entendeu devido pelo credor fiduciário o ITBI quando da consolidação da propriedade, uma vez que não se trata de tributação sobre direito real de garantia (por conta da imunidade prevista no artigo 156, II da CF), mas de situação distinta. Quando o devedor fiduciante não paga a dívida, ficando inadimplente, após a intimação ao devedor fiduciante pelo Oficial do competente Registro de Imóveis, intimação esta que só pode efetivar-se após o prazo de carência previsto contratualmente, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, incidindo aí o ITBI.

Ou seja, embora o ITBI não seja devido quando da celebração do negócio jurídico fiduciário, como obsta o artigo 156, II da Constituição da República, o tributo passa a ser exigível quando, diante do inadimplemento e da mora do devedor, o credor consolidar a propriedade com a averbação no Registro de Imóveis. A decisão está assim ementada:

“TRIBUTÁRIO APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA MUNICÍPIO DE SOROCABA ITBI FATO GERADOR. Sentença que denegou a segurança. Recurso interposto pela impetrante. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA A teor do artigo 156, II da

Constituição da República, não incidirá ITBI nas hipóteses de transmissão “inter vivos” de direitos reais de garantia sobre imóveis - No âmbito dos direitos reais de garantia está a propriedade fiduciária, que decorre da alienação fiduciária, regulada pela Lei Federal no 9.514 de 1997 - Hipótese de garantia que se aperfeiçoa com a transferência da propriedade fiduciária do imóvel ao credor fiduciário - O devedor fiduciante mantém a posse direta enquanto o credor fiduciário adquire a posse indireta do imóvel - Inteligência do artigo 23, parágrafo único da Lei Federal no 9.514 de 1997 - Na hipótese de a dívida oriunda do contrato de alienação fiduciária vir a vencer e não ser quitada integral ou parcialmente, o devedor fiduciante será intimado a recolher o valor do débito e, caso não haja a regularização do pagamento, a propriedade do imóvel será consolidada em favor do credor fiduciário - Inteligência do artigo 26, §7º da Lei Federal no 9.514 de 1997 e do item 256 das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (TOMO II) - Em que pese o ITBI não ser devido quando da celebração do negócio jurídico fiduciário, a teor da vedação contida no artigo 156, II da Constituição da República, o tributo passa a ser exigível quando consolidada a propriedade do imóvel em favor do credor fiduciário, mediante a averbação junto ao Cartório de Registro de Imóveis Entendimento doutrinário - Precedentes desse E. Tribunal de Justiça. O fato de a credora alienar o bem posteriormente em nada altera a sua plena propriedade que surge com a consolidação mencionada. No caso dos autos, a apelante, credora fiduciária, almeja a consolidação da propriedade do imóvel alienado fiduciariamente, ante o descumprimento do contrato pela devedora fiduciante - Exigência do ITBI que se mostra devida ante a ocorrência do fato gerador do tributo. Sentença mantida - Recurso desprovido”.⁷

Outro ponto controvertido está em estabelecer a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais oriundas de imóvel alienado fiduciariamente. Na alienação fiduciária de bem imóvel, o § 8º, do artigo 27, da Lei 9.514/1997, incluído pela Medida Provisória nº 2.223/2001 e incorporado pela Lei nº10.931/2004, estabelece que o devedor fiduciante responde pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o credor fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse.

⁷ Apelação no.: 1031796-39.2017.8.26.0000 - Comarca de Sorocaba Apelante: GRM REALTY INCORPORADORA S/A Apelado: Município de Sorocaba Relator Des. Eurípedes Faim, 15ª Câm de Direito Público do TJSP – j. em 28/03/2019

A opção legislativa foi a de estabelecer a posse direta como ensejadora da responsabilidade, sendo que o devedor fiduciante responde pelo pagamento das contribuições condominiais até a data em que o credor fiduciário seja imitado na posse do imóvel, mesmo porque está usufruindo da estrutura oferecida pelo condomínio. Outrossim, estabelecer o contrário, seria desvirtuar o próprio instituto da alienação fiduciária, que serve de estímulo à concessão de crédito e à circulação de riquezas.

O parágrafo único do artigo 1.368-B do Código Civil corrobora a assertiva: “[...] Art. 1.368-B. A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014)

Parágrafo único. O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014)”.

Reforça-se, mais uma vez, o argumento de que o credor fiduciário apenas é considerado proprietário do imóvel para fins de execução da garantia, havendo, inclusive, restrição legal ao seu direito de usar, gozar e dispor da coisa, tanto que a própria lei não o autoriza a ficar com a coisa alienada em garantia se a dívida não for paga no vencimento (art. 27, caput, da Lei nº 9.514/1997). Portanto, sua condição difere, em muito, à do proprietário tradicional por não possuir as mesmas prerrogativas previstas no art. 1.228 do CC/2002.

Em caso de utilização da garantia, o credor fiduciário receberá o imóvel no estado em que se encontra, até mesmo com os débitos condominiais anteriores, pois são obrigações de caráter *propter rem* (por causa da coisa), como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“EMBARGOS DE TERCEIRO Ação de cobrança de cotas condominiais em fase de cumprimento de sentença - Valor executado relativo à unidade condominial que, durante o trâmite judicial, foi retomada pelos credores fiduciários - Responsabilidade destes, inclusive no que respeita aos consectários da sentença condenatória Precedentes do STJ no sentido de que o credor fiduciário somente responde pelas dívidas condominiais incidentes sobre o imóvel se consolidar a propriedade para si, tornando-se o possuidor direto do bem - Com a utilização da garantia, o credor fiduciário receberá o imóvel no estado em que se encontra Penhora do imóvel Possibilidade - Decisão mantida Recurso improvido”.⁸

⁸ Apelação no 1054111-78.2018.8.26.0100 Comarca: São Paulo 10a Vara Cível Central Apelantes: Tamara Takaoka de Oliveira Teles e outros Apelado: Condomínio Edifício Aramanta.

Ainda no que concerne à responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais, o artigo 1.345 do CC/02 dispõe que o adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios. Bem se vê que a lei determina que o adquirente do bem imóvel é quem assume eventuais débitos do alienante em relação ao condomínio.

Por conseguinte, as despesas de condomínio são tidas como obrigações *propter rem*, nascendo, de um direito real sobre determinado bem, aderindo-o e acompanhando-o em suas alterações subjetivas. De forma que, se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo, dado o caráter ambulatório e de sequela característico dos direitos e obrigações reais.

CONCLUSÃO

Como dito anteriormente, no contrato de alienação fiduciária não se convencionou a troca de um bem por dinheiro, mas sim a destinação de um bem a uma função e sua reversão ao patrimônio transmitente (fiduciante) ou ao de um terceiro (beneficiário). Tanto que o credor fiduciário apenas é considerado proprietário do bem para fins de execução da garantia, inclusive havendo restrição legal ao seu direito de dispor do bem - a própria legislação veda o pacto comissório -, não autorizando o credor fiduciário a ficar com o patrimônio alienado se a dívida não for paga no vencimento.

Nesse sentido, não há dúvida de que se confirma a responsabilidade do credor fiduciário por tributos, taxas, multas, encargos e outras despesas que recaírem sobre o bem a partir da consolidação da propriedade plena em sua titularidade, muito embora já a detivesse, quando da efetivação do direito real de garantia e aquisição do bem, mas esta, além de resolúvel, estaria a serviço de uma condição, qual seja, o não pagamento da dívida creditória por ele exigível.

Uma vez não pago o crédito exigido, dentro dos trâmites já apontados e destacados no artigo 1.368 -B do Código Civil, passará o credor fiduciário a ter a propriedade plena e definitiva, afastando a acessoriedade e seu titular passará exercer de forma também plena, direitos e deveres em relação ao bem.

Em suma, o artigo 1.368-B reflete a sistemática da alienação fiduciária que originariamente foi criada exclusivamente como uma garantia e, mais tarde, passou a servir de instrumento de estímulo ao mercado, traduzindo-se também, nessa toada, como veículo de aquisição. Deve-se isso à natureza ambivalente deste instituto: pessoal (causal) e real

(garantia), revelando a funcionalidade tanto da propriedade fiduciária, como da espécie alienação fiduciária em garantia.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BRASIL, Estado de Minas Gerais, Lei Estadual 14.937 de 24 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA - e dá outras providências. Disponível em mwww.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/114937_2003.ht

BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro, de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm

BRASIL. Lei 13.043, de 13 de novembro de 2014. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias; prorroga o prazo de que trata a Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011; altera as Leis nºs 10.179, de 6 de fevereiro de 2001, 12.431, de 24 de junho de 2011, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.996, de 18 de junho de 2014, 11.941, de 27 de maio de 2009, 12.249, de 11 de junho de 2010, 10.522, de 19 de julho de 2002, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 11.774, de 17 de setembro de 2008, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 11.977, de 7 de julho de 2009, 12.409, de 25 de maio de 2011, 5.895, de 19 de junho de 1973, 11.948, de 16 de junho de 2009, 12.380, de 10 de janeiro de 2011, 12.087, de 11 de novembro de 2009, 12.712, de 30 de agosto de 2012, 12.096, de 24 de novembro de 2009, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 11.488, de 15 de junho de 2007, 6.830, de 22 de setembro de 1980, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 10.147, de 21 de dezembro de 2000, 12.860, de 11 de setembro de 2013, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 12.598, de 21 de março de 2012, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 11.371, de 28 de novembro de 2006, 9.481, de 13 de agosto de 1997, 12.688, de 18 de julho de 2012, 12.101, de 27 de novembro de 2009, 11.438, de 29 de dezembro de 2006, 11.478, de 29 de maio de 2007, 12.973, de 13 de maio de 2014, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 9.782, de 26 de janeiro de 1999, 11.972, de 6 de julho de 2009, 5.991, de 17 de dezembro de 1973, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.775, de 17 de setembro de 2008, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, e 10.865, de 30 de abril de 2004, e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969; revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977, das Leis nºs 5.010, de 30 de maio de 1966, e 8.666, de 21 de junho de 1993, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dez

Disponível

em

http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2013.043-2014?OpenDocument

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 669810/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 16.3.2006, DJ 10.4.2006

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1124816/SP, 2ª Turma, julgado em 08/09/2009, DJe 21/09/2009

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 727.851 MG em 17/10/2013

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível no 1031796-39.2017.8.26.0602. 15ª Câmara de Direito Público. Julgada em 28/3/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 0104383-79.2007.8.26.0100. 9ª Câmara de Direito Privado, j. 23.2.2016

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos Infringentes no 0014916-27.2010.8.26.0604/50001, j. 11.8.2015

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 0104383-79.2007.8.26.0100. 9ª Câmara de Direito Privado, j. 23.2.2016

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1054111-78.2018.8.26.0100, 32ª Câmara de Direito Privado. J. 11/4/2019.

CARNEIRO, Luísa Cristina Miranda. *O IPVA na alienação fiduciária*. Valor Econômico. Publicado em 25/03/2015. Disponível em <https://alfonsin.com.br/o-ipva-na-alienao-fiduciria/>

CARVALHO, Paulo de Barros. Parecer em consulta formulada pela FEBRABAN a respeito de tema envolvendo o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA e a juridicidade de atribuir-se aos credores fiduciários a qualidade de contribuintes desse tributo. 09 de dezembro de 2010

CHALHUB, Melhim Namem. *Direitos Reais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CHATER, Priscilla. *A alienação fiduciária de veículo e os riscos da inadimplência*. Conjur. 9 de outubro de 2018 7:15. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-09/priscilla-chater-alienacao-fiduciaria-veiculo-riscos-inadimplencia>

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, v.4., 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito Civil, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Alcides Tomasetti Júnior, 2013.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. *A natureza jurídica da alienação fiduciária*. Migalhas em 9 de dezembro de 2014. Disponível em

485

<https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI212459,61044-A+natureza+juridica+da+alienacao+fiduciaria>

LOUREIRO, Francisco Eduardo in *Código Civil Comentado*, 3ª edição, Coord. Cezar Peluso, São Paulo: Manole, 2.009

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PAULA LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello. Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório *Rev civilistica.com* ll a. 3. n. 1. 2014. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Lima-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte especial Tomo LII Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte especial Tomo LII Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Direito civil* 3. Direitos reais. São Paulo: Malheiros, 2010

TERRA, Aline de Miranda Valverde e GUEDES, Giselda Sampaio da Cruz Guedes. *A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à ilicitude do pacto marciano*. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 70, pp. 51 – 77.

TERRA, Aline de Miranda Valverde e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano*.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. Coimbra: Almedina, 2010.