

#DIREITOS DE GARANTIA#

1 – DISPOSIÇÕES GERAIS

1.1 – Conceito

Direitos reais exercidos pelo credor sobre coisa alheia, mas com a finalidade específica de garantir o seu crédito decorrente de uma relação contratual obrigacional qualquer.

O legislador estipula serem 3 esses direitos reais de garantia:

- a) Penhor → transferência da posse do bem móvel ao credor para a garantia da dívida;
- b) Hipoteca → ônus, gravame ou vínculo que recai sobre propriedade imobiliária ou afim de alguém como forma de garantia de determinada dívida, independentemente de transmissão da posse ao credor;
- c) Anticrese → tradição de certo bem ao credor para sua exploração econômica e proveito, com a finalidade de satisfazer o seu crédito.

1.2 – Natureza Jurídica

São direitos reais de garantia. Não asseguram o gozo e a fruição pelo credor, apenas asseguram um crédito seu, em relação a uma obrigação anterior.

As garantias podem ser pessoais/fidejussórias (aval, fiança) ou reais. As últimas incidem sobre bens, tanto pertencentes ao devedor quanto a terceiro.

Por se relacionar, ter como causa, uma obrigação anterior, é que se diz que os direitos reais de garantia tem relação de **ACESSORIEDADE** àquela.

Pode-se afirmar, ainda, de início, que esses direitos são transitórios, exatamente porque ficam vinculados à dívida (que é objeto de relação jurídica obrigacional, cuja maior nota é a transitoriedade).

SEQUELA e ADERÊNCIA → como têm a natureza de direito real, é presente essas duas características. Assim, a garantia adere ao bem, acompanhando-o em caso de transmissão (ambulatoriedade), além de poder ser reivindicado pelo credor esteja com quem for.

1.3 – Requisitos

CAPACIDADE (REQUISITO SUBJETIVO) – art. 1.420, caput → para que se possa gravar de ônus real de garantia, a pessoa deve ter capacidade genérica, além de legitimação específica para o ato.

Há casos em que, a par de ter capacidade, falta legitimação para a prática do ato sozinho (**ex.** outorga uxória ou marital art. – 1.647, inc. I, venda de pais para filhos art. - 496, etc.).

Obs. incapazes – necessidade de assistência ou representação + demonstração de relevância para o incapaz (art. 1.691 do CC).

Obs2. §2º do art. 1.420: coisa comum só pode ser dada em garantia na sua totalidade com o consentimento de todos. Mas, a parte individual de cada um pode ser dada em garantia isoladamente sem a necessidade dessa anuência dos demais.

BENS ALIENÁVEIS (REQUISITO OBJETIVO) – art. 1.420, caput → apenas sobre bens alienáveis é que poderá pesar a garantia real (**ex.** bens públicos de uso comum e uso especial, bem pertencente a terceiro).

Obs. Súmula 549 do STJ: É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

Obs2. O bem para ser idôneo de alienação deve pertencer a quem o aliena. Mas, o §1º do art. 1.420 do CC traz uma hipótese de convalidação da garantia feita por quem não era o dono, quando posteriormente adquire a coisa (semelhante à hipótese da tradição “a non domino” de bens moveis, do art. 1268, §1º).

REQUISITO FORMAL (art. 1.424) → sob pena de INEFICÁCIA, é necessário que o contrato (ou cláusula dentro de um contrato) que estabeleça a garantia tenha: **(i)** valor do crédito, sua estimação ou valor máximo; **(ii)** prazo fixado para o pagamento; **(iii)** taxa de juros, se houver; **(iv)** o bem dado em garantia e suas especificações.

1.4 – Indivisibilidade Da Garantia (art. 1.421 do CC)

O bem onerado com a garantia assim permanecerá até o adimplemento total da obrigação que garante. O pagamento parcial não tem o condão de ir progressivamente diminuindo a garantia.

Como se trata de ato negocial (vontade dos agentes) a lei ressalva a disposição em contrário, ou seja, divisibilidade da garantia por quitação parcial – por isso, trata-se de norma dispositiva.

Obs. em razão da indivisibilidade é a regra do art. 1.429, segundo o qual os sucessores do devedor não podem remir o penhor ou a hipoteca parcialmente. Se quiser podem remir a totalidade, hipótese em que ficarão sub-rogados nos direitos do credor com relação aos demais.

1.5 – Execução Judicial (art. 1.422 do CC)

Lembrar-se, inicialmente, que: **(i)** os contratos de penhor, de hipoteca e de anticrese são títulos executivos extrajudiciais (art. 784, inc. V do CPC); **(ii)** o que se executa, propriamente, não é a garantia, mas sim a obrigação principal, da qual a garantia é acessória. Executa-se a obrigação, valendo-se da garantia; **(iii)** pressuposto da execução é a inadimplência da obrigação.

Assim, há o direito de “executar a coisa”, isto é, aliená-la judicialmente para com o valor satisfazer a obrigação.

Havendo concurso de credores há preferência das garantias reais, no que diz com o valor relacionado aos bens que as garantem, salvo se houver em leis especiais outras que as precedam (parágrafo único do art. 1.422 do CC).

Obs. no caso de mais de uma hipoteca, haverá de ser observada a prioridade no registro. Aquela registrada antes terá preferência sobre a registrada depois. A possibilidade de mais de uma hipoteca sobre um mesmo bem está no art. 1.476/1478 do CC, chamada de **sub-hipoteca ou hipoteca de segundo grau**.

Obs2. O art. 1.422 se aplica ao penhor e à hipoteca, **mas não à anticrese**. A **ANTICRESE** é a garantia dada por uma dívida sobre um bem, na qual o credor terá o direito de perceber frutos sobre o bem. Nos **termos do art. 1.423 do CC** para a satisfação da dívida

garantida por anticrese, há o **direito de retenção do bem**, limitado temporalmente em 15 anos da data de sua constituição.

1.6 – Vencimento Antecipado da Dívida (art. 1425)

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:

I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfalcar a garantia, **e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir;**

II - se o devedor cair em insolvência ou falir;

III - se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. **Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata;**

IV - se perecer o bem dado em garantia, e não for substituído;

V - se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.

§ 1º Nos casos de perecimento da coisa dada em garantia, esta se subrogará na indenização do seguro, ou no ressarcimento do dano, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso.

§ 2º Nos casos dos incisos IV e V, só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado, se o perecimento, ou a desapropriação recair sobre o bem dado em garantia, e esta não abranger outras; subsistindo, no caso contrário, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados ou destruídos.

Art. 1.426. Nas hipóteses do artigo anterior, de vencimento antecipado da dívida, **não se compreendem os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido.**

Art. 1.427. Salvo cláusula expressa, **o terceiro que presta garantia real por dívida alheia não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la,** quando, **sem culpa sua**, se perca, deteriore, ou desvalorize.

Inciso I → não existindo o bem se perde a garantia, o que justifica o vencimento antecipado. Mas, antes, de se observar o direito de o devedor substituir ou reforçar a garantia.

O terceiro não é obrigado a reforçar a garantia, nos termos do art. 1.427 do CC, porque apesar de ter responsabilidade, não tem obrigação.

Inciso II → insolvência do devedor. Lembrar-se que o título “da execução por quantia certa contra devedor insolvente” dos arts. 748 e ss. do CPC/73 continua vigente, por força do art. 1.052 do CPC/15.

Inc. II → importa o vencimento da totalidade da dívida. A segunda parte do dispositivo se alinha ao princípio da boa-fé objetiva e da menor onerosidade ao devedor.

Inc. IV + §1º → perecimento e seguro – hipótese de sub-rogação.

§2º → sub-rogação ou redução proporcional, dependendo se há ou não outros bens dados em garantia.

Art. 1.416 → condiz com a vedação do enriquecimento sem causa, que seria o caso se fossem computados e cobrados os juros de período não recebido.

1.7 – Pacto Comissório (art. 1.428 do CC)

Art. 1.428. É **NULA a cláusula que autoriza o credor** pignoratício, anticrético ou hipotecário a **ficar com o objeto da garantia**, se a dívida não for paga no vencimento.

Parágrafo único. Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida.

Fundamento da violação: **(i)** devido processo legal exigido para a perda de bens; **(ii)** vedação ao enriquecimento sem causa, pois o valor do bem pode, facilmente, superar o valor da dívida – o valor que superar, após a alienação, é devolvido ao devedor; **(iii)** proteção ao devedor no momento da contratação, que é parte mais fragilizada na relação.

Obs. da mesma maneira que o que sobejar o valor da dívida será devolvido ao devedor, se o valor angariado com a excussão do bem for insuficiente ao pagamento da dívida o devedor continuará obrigado, mas o restante do crédito será quirografário (art. 1.430).

- Esse artigo 1.430 apenas fala no crédito restante em relação ao penhor e à hipoteca, pois a anticrese é satisfeita com os frutos do bem.

Parágrafo único: prevê hipótese de dação em pagamento, mas deve ser convencionada após o vencimento da obrigação.

2 – PENHOR

2.1 – Conceito (art. 1.431 do CC)

Direito real de garantia que implica na transferência da posse do bem móvel, suscetível de alienação, ao credor para a garantia da dívida.

OBS: Trata-se de posse precária, pois transferida mediante negócio jurídico que gera a obrigação de devolução ao final, adimplida a obrigação.

2.1 – Características

Podem ser apontadas as principais características:

- É direito real de garantia.
- Trata-se de direito uno e indivisível → é indivisível na medida em que engloba toda a coisa. Uno no sentido de ser único.
- Direito Real Acessório → está sempre vinculado a uma dívida, como diz o art. 1.419, CC. Sendo acessório não pode ser objeto de negócio autônomo.
- Direito Real sempre referido a BENS MÓVEIS → **exceções: (i)** navios e aeronaves são bens hipotecáveis, pela dicção dos incisos VI e VII do art. 1.437,

CC; **(ii)** a lei fala na possibilidade de penhor rural e industrial. O art. 79 e ss., CC quando o legislador fala dos bens, diz que tudo aquilo quando aderido ao solo passa a ser bem imóvel. Um dos meios de acessão artificial é a acessão intelectual (colocar bem móvel à disposição de bem imóvel que a ele fica vinculado para lhe conferir melhor utilidade, eficiência, etc.) – as colheiteiras podem por acessão intelectual serem consideradas imóveis.

- Transferência da posse ao credor → **exceção**: penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, nos quais a coisa continua em poder do devedor, que as deve guardar e conservar (parágrafo único do art. 1.430, classificado como penhor especial, juntamente com o penhor de título de crédito).

2.3 – Constituição

Há dois modos de constituição do penhor: **(i)** Declaração de vontade (voluntário, convencional); **(ii)** por força da lei (art. 1.467, CC).

Instrumento pode ser público ou privado, mas há necessidade do registro – art. 1.432 – cartório de títulos e documentos.

Nos penhores especiais, há regulamentações específicas quanto ao registro.

Por exemplo, **penhor de automóveis** → anotação no certificado de propriedade junto à repartição de trânsito (art. 1.462 do CC).

2.4 – Direitos e Deveres do Credor Pignoratício (art. 1433/1.435)

Vale ressaltar os seguintes:

a-) retenção da coisa para indenização das despesas empregadas na sua conservação, até que sejam pagas.

b-) apropriar-se dos frutos da coisa empenhada em seu poder, usando o valor nas despesas de guarda e conservação.

c-) promover venda antecipada, mediante autorização judicial, caso haja risco fundado de perecimento ou deterioração da coisa, resguardado o direito do devedor de reforço ou substituição da garantia.

d-) art. 1.434 → indivisibilidade da garantia – credor não pode ser constrangido a devolver a coisa antes do pagamento total da dívida. Mas o juiz pode, a requerimento do proprietário, determinar a venda de alguma das coisas que seja suficiente ao pagamento, com fito de liberar as demais.

e-) direito à posse (precária), com o correspondente dever de defesa da mesma, informando ao devedor → será qualificada essa custódia da coisa como depósito (art. 1.435, inc. I).

2.5 – Extinção do Penhor

Art. 1.436. Extingue-se o penhor:

I - extinguindo-se a obrigação → acessoriedade da garantia.

II - perecendo a coisa → hipótese de vencimento antecipado, com sub-rogação (art. 1.425, inc. IV e §2º).

III - renunciando o credor → Como é renúncia, deve ser feito de forma solene, com o registro. Mas a renúncia à garantia não implica na renúncia ao crédito, pois aquela é apenas uma garantia desde. O contrário é verdadeiro, pois a garantia é acessória.

Lembrando-se, por fim, que a renúncia deve ser interpretada de maneira restritiva (art. 114 do CC).

IV - confundindo-se na mesma pessoa as qualidades de credor e de dono da coisa → Se a confusão for relativa apenas a uma parte da dívida, permanece o penhor com relação ao resto (indivisibilidade da garantia) – assim estabelece o §2º desse artigo.

V - dando-se a adjudicação judicial, a remissão ou a venda da coisa empenhada, feita pelo credor ou por ele autorizada → Atingindo sua finalidade, se extingue.

§ 1º **Presume-se a renúncia do credor** quando consentir na venda particular do penhor sem reserva de preço, quando restituir a sua posse ao devedor, ou quando anuir à sua substituição por outra garantia .

§ 2º Operando-se a confusão tão-somente quanto a parte da dívida pignoratícia, subsistirá inteiro o penhor quanto ao resto → indivisibilidade da garantia.

Art. 1.437. Produz efeitos a extinção do penhor depois de averbado o cancelamento do registro, à vista da respectiva prova → paralelismo das formas.

2.6 – Do Penhor Legal (art. 1.467/1472)

Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção:

I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;

II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarneendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.

A conta deverá ser detalhada, em conformidade com tabela de preços impressa (art. 1.468).

Há duas fazes: **(i)** retenção pelo próprio credor, quando houver perigo na demora de se recorrer ao judiciário (art. 1.470); **(ii)** homologação judicial, como ato contínuo àquela (art. 1.471).

Possibilidade de caução impeditiva do penhor – art. 1.472 do CC.

3 – HIPOTECA

3.1 - Conceito

MARIA HELENA DINIZ: a hipoteca é um direito real de garantia de natureza civil que grava a coisa imóvel ou hipotecável pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão da posse ao credor.

3.2 – Objeto (art. 1.473)

Preferencialmente a hipoteca recair sobre patrimônio imobiliário, mas não só. Também poderá recair, nos termos do art. 1.473: (i) os acessórios dos imóveis: (ii) domínio direto; (iii) domínio útil; (iv) estradas de ferro; (v) recursos naturais; (vi) navios; (vii) aeronaves; (viii) direito de uso especial para fins de moradia; (ix) direito real de uso; (x) propriedade superficiária.

Obs. §2º do art. 1.437: “ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do **caput** deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.” → acessoriedade dos direitos reais de garantia.

Obs2. É possível hipoteca sobre dívida futura ou condicionada, nos termos do art. 1.487 do CC, desde que determinado o valor máximo do crédito.

3.3 – FORMAS DE CONSTITUIÇÃO

A hipoteca pode-se constituir dos seguintes modos: **(i)** negocial; **(ii)** legal (art. 1.489 e ss., CC); **(iii)** judicial.

Deve haver registro no CRI do local do imóvel – fixação do marco inicial da hipoteca e estipulação da preferência, quando há hipótese de mais de uma hipoteca sobre o mesmo bem.

Obs. art. 1.498: “Vale o registro da hipoteca, enquanto a obrigação perdurar; mas a especialização, em completando vinte anos, deve ser renovada”. Especialização é um dos requisitos formais do art. 1.424 do CC.

3.4 – Hipoteca Sobre Acessões

Hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções feitas no imóvel – art. 1.474, primeira parte, do CC.

ENUNCIADO 249, CJF: “A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474.”

ÔNUS REAIS CONSTITUIDOS ANTES DA HIPOTECA: subsistem quando registrados – art. 1.474, segunda parte, do CC.

3.5 – Alienação do Bem Dado em Hipoteca (art. 1475):

É nula cláusula que proíbe a alienação do bem dado em hipoteca.

Como o direito é real tem as características de - - → aderência, ambulatoriedade e sequela (como direito real que é), isto é, a hipoteca persegue quem quer que seja o titular - - → efeito dado pelo registro, que confere a oponibilidade “erga omnes” - - → abuso em cláusula que limite a alienação.

Obs. SÚMULA 308 do STJ – hipoteca firmada em incorporação imobiliária não em eficácia perante os adquirentes do imóvel, de forma que o terceiro adquirente de boa-fé não pode ser prejudicado pela garantia.

Obs2. Há possibilidade de remição (resgate) da hipoteca por parte do adquirente, cujo procedimento está regulado no art. 1.481 do CC e 874 do NCCP.

Pode-se, entretanto, convencionar o vencimento antecipado, nos termos do parágrafo único o art. 1.475 do CC → **necessidade de cláusula expressa** → **complemento às hipóteses do art. 1.425 do CC.**

3.7 - ABANDONO LIBERATÓRIO (art. 1.479/1.480 do CC)

Art. 1.479. O adquirente do imóvel hipotecado, desde que não se tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores hipotecários, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel.

Art. 1.480. O adquirente notificará o vendedor e os credores hipotecários, deferindo-lhes, conjuntamente, a posse do imóvel, ou o depositará em juízo.

Parágrafo único. Poderá o adquirente exercer a faculdade de abandonar o imóvel hipotecado, até as vinte e quatro horas subseqüentes à citação, com que se inicia o procedimento executivo

Lembrando, apenas, que abandono é ato unilateral, material e informal.

3.7 – Prazo Máximo Da Hipoteca (art. 1.485)

O prazo máximo é de 30 anos. Após isso, apenas novo título e novo registro podem reconstituir a hipoteca, mantendo-se a precedência.

Esse prazo condiz com a função social – livre circulação e potencialidade econômica do bem + segurança no trânsito de bens.

Atenção → O que abundar a 30 anos é considerado ineficaz, mas não há nulidade integral da cláusula que prevê a hipoteca.

3.8 – Extinção da Hipoteca

Art. 1.499. A hipoteca extingue-se:

I - pela extinção da obrigação principal → acessoriedade.

II - pelo perecimento da coisa → regras de sub-rogação e da indivisibilidade (caso de perecimento parcial).

III - **pela resolução da propriedade** → a propriedade resolúvel gera efeitos “ex tuc” quando registrada, livrando-se dos ônus quando resolvida (art. 1.359).

IV - **pela renúncia do credor** → renúncia é ato formal.

V - **pela remição;**

VI - **pela arrematação ou adjudicação** → modos originários de aquisição, há desvinculação com o direito anterior e, portando, com os ônus eventualmente gravados.

Art. 1.500. Extingue-se ainda a hipoteca com a averbação, no Registro de Imóveis, do cancelamento do registro, à vista da respectiva prova. → eficácia perante terceiros – averbação que indicará a causa da extinção.

Art. 1.501. Não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução.

4 – ANTICRESE (art. 1506/1510)

Art. 1.506. Pode o **devedor ou outrem** por ele, com a **entrega do imóvel ao credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos.**

§ 1º **É permitido estipular que os frutos e rendimentos do imóvel sejam percebidos pelo credor à conta de juros, mas se o seu valor ultrapassar a taxa máxima permitida em lei para as operações financeiras, o remanescente será imputado ao capital.**

§ 2º **Quando a anticrese recair sobre bem imóvel, este poderá ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético, ou a terceiros, assim como o imóvel hipotecado poderá ser dado em anticrese.**

Art. 1.507. O **credor anticrético pode administrar os bens** dados em anticrese e fruir seus frutos e utilidades, **mas deverá apresentar anualmente balanço, exato e fiel, de sua administração.**

§ 1º Se o devedor anticrético não concordar com o que se contém no balanço, por ser inexato, ou ruínoza a administração, poderá impugná-lo, e, se o quiser, requerer a transformação em arrendamento, fixando o juiz o valor mensal do aluguel, o qual poderá ser corrigido anualmente.

§ 2º O credor anticrético pode, salvo pacto em sentido contrário, arrendar os bens dados em anticrese a terceiro, mantendo, até ser pago, direito de retenção do imóvel, embora o aluguel desse arrendamento não seja vinculativo para o devedor.

Art. 1.508. O credor anticrético responde pelas deteriorações que, por culpa sua, o imóvel vier a sofrer, e pelos frutos e rendimentos que, por sua negligência, deixar de perceber.

Art. 1.509. O credor **anticrético pode vindicar os seus direitos contra o adquirente** dos bens, os credores quirografários e os **hipotecários posteriores ao registro da anticrese.**

§ 1º Se executar os bens por falta de pagamento da dívida, ou permitir que outro credor o execute, sem opor o seu direito de retenção ao exequente, não terá preferência sobre o preço.

§ 2º O credor anticrético não terá preferência sobre a indenização do seguro, quando o prédio seja destruído, nem, se forem desapropriados os bens, com relação à desapropriação.

Art. 1.510. O adquirente dos bens dados em anticrese poderá remi-los, antes do vencimento da dívida, pagando a sua totalidade à data do pedido de remição e imitir-se-á, se for o caso, na sua posse.

É um direito real de garantia que tem a finalidade de compensar o crédito mediante a transferência da posse com a cessão dos direitos de frutos (naturais, industriais ou civis) e rendimentos.

Pode ser dado o bem por um terceiro.

Lembrar-se do prazo máximo de 15 anos da anticrese – art. 1423.

§2º do art. 1.506 – a hipoteca e a anticrese recaem sobre faculdades dominiais diferentes, por isso uma não impede a outra.

O artigo 1.508 estabelece responsabilidade subjetiva: necessidade de comprovação de culpa ou dolo.

O art. 1509, caput, evidencia que se trata de um direito real → ambulatoriedade, sequela.

#PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA#

1 – CONCEITO

É a propriedade resolúvel que se estabelece sobre coisa móvel e infungível, transferida pelo devedor ao credor com escopo de garantia.

Propriedade para certa finalidade, mas que depende da resolubilidade do direito como fundamento. É uma propriedade com específica finalidade: está funcionalizada a um contrato de crédito, que também não tende à perpetuidade.

Cumprir a função de garantir uma relação contratual de crédito.

Exemplo: o agente financeiro recebe a transmissão da propriedade sobre o bem por parte do devedor, delegando a este a posse direta, mas na condição de possuidor indireto e proprietário resolúvel enquanto não pago o total da dívida (condição para a sua resolução em favor do devedor).

1.1 – Características do Negócio Jurídico

É uma relação complexa, que se manifesta por 4 momentos (ROSENVALD e CHAVES):

- a) **DESDOBRAMENTO DA POSSE** → posse direta para o devedor e indireta para o credor.

A posse do devedor está regulada no art. 1.363 do CC: “Art. 1.363. Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário: I - a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza; II - a entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento.”.

O devedor fiduciário é equiparado ao “depositário”. Nesse tema atenção à Súmula Vinculante 25 do STF: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”.

- Entendimento ancorado na discussão sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/04 – hierarquia supralegal – eficácia suspensa da norma que permite a prisão civil do depositário infiel.

b) CLÁUSULA CONSTITUTI – ato negocial pelo qual o cedente da propriedade entabula com o adquirente o direito de permanecer na posse direta.

c) PROPRIEDADE RESOLÚVEL → resolve-se a propriedade do credor em benefício do devedor quando adimplida a totalidade da obrigação.

Obs. o art. 1.368 estabelece o direito de sub-rogação de pleno direito no crédito do terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida → modo e transferência da propriedade (resolúvel).

Obs2. Na alienação fiduciária de bens imóveis essa sub-rogação não é possível.

d) AFETAÇÃO → bem não poderá ser penhorado pelos credores tanto do devedor quanto os do credor.

Obs. ENUNCIADO 325: “é impenhorável, nos termos da lei nº 8.009/90, o direito real de aquisição do devedor fiduciante.”.

- Essa lei é a lei do bem de família (bem de família legal).

ENUNCIADO 591, CJF: “A ação de reintegração de posse nos contratos de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel pode ser proposta a partir da consolidação da propriedade do imóvel em poder do credor fiduciário e não apenas após os leilões extrajudiciais previstos no art. 27 da Lei 9.514/1997.”.

Justificativa: Consolidação da propriedade acaba com o desdobramento da posse. O proprietário-credor passa a ter propriedade não mais resolúvel, e sua posse passa a ser plena. Não haveria, assim, necessidade de que a ação de reintegração de posse ocorresse apenas após a realização dos leilões, como à primeira vista pareceria supor da leitura da Lei 9.517/1997. STJ é nesse sentido.

2 – NATUREZA JURÍDICA

Inicialmente observa-se que a propriedade fiduciária está topograficamente inserida dentro do título “da propriedade” no livro dos direitos das coisas.

Contudo, a questão da definição de sua natureza jurídica passa pela análise indispensável do art. 1.367 do CC, que **estende a aplicação das normas relativas à TEORIA GERAL DOS DIREITOS DE GARANTIA** à propriedade fiduciária.

Art. 1.367. A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do **Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código** e, no que for específico, à legislação especial pertinente, **não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231.** **(Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)**

Redação antiga: Art. 1.367. Aplica-se à propriedade fiduciária, no que couber, o disposto nos arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.427 e 1.436.

Aplica-se, assim: **(i)** princípio da indivisibilidade da garantia; **(ii)** vedação ao pacto comissório; **(iii)** direito de excussão do bem; **(iv)** requisitos objetivos e subjetivos.

Por isso, diz-se que natureza jurídica da propriedade fiduciária é de direito real de garantia.

3 – OBJETO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

O CC (art. 1.361) alude à coisa móvel e infungível.

Mas existe legislação que permite esse tipo de situação para bens imóveis (Lei 9.514/97), bem como para bens fungíveis por instituições financeiras (Lei 4728/65 e DL

911/69) → **Art. 1.368-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.* [\(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004\).](#)

Súmula 28, STJ: “o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

§3º do art. 1361: propriedade adquirida posteriormente pelo devedor torna eficaz, desde o arquivamento, a alienação fiduciária.

Obs. vícios relativos ao objeto não podem ser oponíveis ao credor-fiduciante. Essa relação é travada entre o comerciante/fornecedor e o consumidor – entendimento o STJ.

4 – CONSTITUIÇÃO (art. 1.361, §1º do CC)

A constituição da propriedade fiduciária regulada pelo CC se dá com o registro do INSTRUMENTO PÚBLICO OU PARTICULAR (título) no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, no caso de veículos, na repartição de trânsito competente.

Há um conteúdo mínimo do contrato no art. 1.362 do CC, que se comunica com a especialização do registro.

Obs. Súmula 92 do STJ: “a terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro de veículo automotor”.

5 – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Lei 4.782/65 e Decreto-Lei 911/69 (bens fungíveis, instituições financeiras)

Nessa ação, quando de alienação fiduciária, o STJ tem entendimento de que é possível se discutir abusividade contratual a justificar ou não a busca, já que essa tem relação direta com a mora (*Informativo 509 do STJ*).

O CPC/15 não prevê mais procedimentos cautelares típicos, mas nada impede a tutela dessas situações, com os requisitos genéricos da tutela de urgência.

SÚMULA 72 do STJ: “a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão o bem alienado fiduciariamente” → A mora na alienação fiduciária decorre do simples vencimento do prazo (art. 397, caput do CC – mora “ex re”), mas a para fins de liminar em ação de busca e apreensão se exige a comprovação da mora (DL 911). Assim, deve ser feita a notificação judicial (o protesto serve a esse fim).

Obs. Em 2014 sobreveio mudança no DL 911/69 facilitando a prova da mora – basta carta registrada com aviso de recebimento. Não é mais exigido que seja expedida pelo cartório de títulos e documentos, tampouco o protesto.

Obs2. deve-se aplicar a teoria do adimplemento substancial para evitar a resolução do contrato.

Obs3. Não se aplica essa jurisprudência à alienação fiduciária de bens imóveis – art. 26 da lei 9.514.

6 – PURGA DA MORA

A Lei 10.932 de 2004 alterou o DL 911/69, revogando a exigência do adimplemento e 40% para a purga da mora. Mas por outro lado tal decreto-lei não mais menciona a possibilidade de purga da mora, apenas dando a possibilidade de se pagar integralmente a dívida nos termos do art. 3º, §2º (ou seja, dando a entender que somente é possível o vencimento antecipado).

Não obstante isso, BEZERRA DE MELO entende possível com base no art. 4º da LINDB (analogia) + 401, inc. I do CC se relação civil, ou art. 52, §2º c/c art. 7º, ambos do CDC se for relação consumerista → Funda-se, tal qual o adimplemento substancial, na boa-fé objetiva e no princípio da conservação dos contratos.

A questão foi resolvida pelo **STJ em sede de julgamento de recurso repetitivos**, no qual se firmou a posição que depois da alteração de 2004 no DL 911/69 não é mais possível a purgação da mora em alienação fiduciária, não se aplicando as regras do CC, por se tratar de lei especial. Deve haver apenas o prazo de 5 dias para que o devedor pague a dívida integralmente, sob pena de consolidação da propriedade nas mãos do credor proprietário-resolúvel (**STJ. 2ª Seção. REsp 1.418.593-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/5/2014 (recurso repetitivo)**).

Assim, a purga da mora é válida nos contratos anteriores à alteração de 2004, mas havendo a necessidade de já se ter pago 40% do financiamento (súmula 284 do STJ). Para os contratos posteriores não é mais possível, e não é mais aplicável a referida súmula.

Obs. na alienação fiduciária de imóveis é possível a purga da mora – aplicação do DL 70/66 em complementação à lei 9.514 permite a purga da mora em qualquer momento até a arrematação.

7 – PACTO COMISSÓRIO – vedação – necessidade de alienação – débito remanescente:

Art. 1.365, CC → nesse contrato não cabe o pacto comissório, segundo o qual o credor poderia ficar com a coisa no caso do inadimplemento. Ele deve alienar judicial ou extrajudicialmente (art. 1.364 do CC), sendo excepcional alternativa diversa (parágrafo único do art. 1.365 – na verdade é dação em pagamento).

STJ: há direito do devedor purgar a mora até a arrematação do bem em hasta pública.

Súmula 384-STJ: “Cabe ação monitória para haver saldo remanescente oriundo de venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia” → o contrato perderia a característica de título executivo com a venda extrajudicial, por não haver a previa e expressa anuência do devedor quanto ao “quantum debeatur” e ao “na debeatur”, necessárias ao título executivo - - → mas, havendo documento ou prova escrita representativa do débito sem força executiva, cabível ação monitória.

Obs. Com relação à inconstitucionalidade ou não da execução extrajudicial há repercussão geral reconhecida no STF, aguardado definição.

QUESTÃO DA PROVA 2ª FASE (DISSERTATIVA) - IV CONCURSO – DEFENSOR PÚBLICO RIO GRANDE DO SUL (2014/2015)

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro e o majoritário entendimento doutrinário, responda objetivamente sobre os seguintes aspectos do direito de propriedade:

- a. Distinção entre modo originário e modo derivado de aquisição da propriedade, inclusive quanto à transmissão de seus caracteres, vícios ou limitações ao adquirente, em um e outro modo.
- b. Eficácia do registro imobiliário na aquisição da propriedade imóvel por meio de usucapião, de sucessão *causa mortis* e de atos *inter vivos*, gratuitos ou onerosos.
- c. Conceito de propriedade fiduciária de bem móvel e validade do pacto comissório em contrato que a institui, indicando o fundamento legal, de acordo com o Código Civil de 2002.

GABARITO:

- c. Na propriedade fiduciária, dá-se a transferência do domínio do bem móvel ao credor, denominado fiduciário, em garantia do pagamento, permanecendo o devedor, denominado fiduciante, com a posse direta da coisa. A propriedade fiduciária disciplinada no Código Civil de 2002 é um novo direito real de garantia, que tem por objeto bens móveis, infungíveis e alienáveis. O art. 1.365 do referido diploma diz que é nula a inserção, no contrato, de cláusula que permita ao credor ficar com a coisa alienada em garantia (pacto comissório), em caso de inadimplemento contratual, cabendo-lhe, neste caso, promover as medidas judiciais para a cobrança da dívida. Entretanto, o parágrafo único do referido dispositivo permite que o devedor, com a anuência do credor, dê seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta, na forma de dação em pagamento.

3.8 – DIREITO REAL SOBRE COISA ALHEIA DE AQUISIÇÃO E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA (art. 1.368-B)

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**. [\(Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014\)](#)

Por estar o bem na propriedade do credor, o devedor terá um direito sobre coisa alheia, mas um direito real → assim há os atributos da sequência, ambulatoriedade e oponibilidade contra terceiros (com o registro).

3.9 – CLÁUSULA E DECAIMENTO OU PERIMENTO

Cláusula de decaimento é aquela que estabelece que o adquirente irá perder todas as prestações pagas durante o contrato caso se mostre inadimplente ou requeira o distrato.

BEZERRA DE MELO pontua que os parágrafos 5º e 6º da lei 9.514/97 (alienação fiduciária de bens imóveis) poderiam dar a entender que seria possível essa cláusula.

Quando a alienação fiduciária for feita com instituição financeira incidirá o CDC (súmula 297 do STJ) e o art. 53 do CDC veda essa prática.

Assim, pode-se entender que:

- a) Não se aplica o CDC, porque a lei 9.514 é especial.
- b) Aplica-se o CDC, que é norma de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.