

JOSÉ MÁRIO ARRUDA JUNIOR

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – MG
2011

JOSÉ MÁRIO ARRUDA JUNIOR

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Monografia apresentado a Banca examinadora da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ivan Martins.

FIC – CARATINGA
2011

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado conhecimento necessário para concluir este trabalho. Agradeço ao meu professor e orientador Ivan Martins que não mediu esforços e nem tempo para me ensinar um pouco do que um dia alguém também lhe ensinou.

Agradeço também pela paciência que Deus concedeu a minha esposa que altas horas da noite, quando os olhos já não queriam ficar acordados, e ela ali do meu lado, sempre me dizendo vai você vai conseguir.

Hoje, com este trabalho já concluído considero uma conquista, uma vitória e consegui graças à Deus que me atendeu na hora certa, como sempre tem feito.

Sou grato por tudo, por todas as pessoas que passaram por mim nesta longa conquista, por palavras amigas que recebi nesta caminhada e pela compreensão com que fui tratado.

Enfim, só tenho a agradecer, pois fui atendido no dia certo e na hora certa.

RESUMO

O cabimento da alienação fiduciária esta em face do descumprimento do contrato de alienação fiduciária em garantia, pois o tema é uma grande divergência doutrinaria e jurisprudencial. O decreto Lei 911/69, prevê a possibilidade de o credor fiduciário, propor uma ação de busca e apreensão do bem no objeto do contrato, e caso o devedor não entregue o referido bem ou não pague a dívida, o processo pode ser convertido em ação de depósito, com a previsão da decretação da prisão do depositário infiel e a constituição federal. A constituição da república federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º inciso LXVIII, veda a prisão civil por dívida, constando apenas as exceções de sua aplicação no caso de inadimplemento voluntario e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel tal divergências ganhou forças com adesão aos tratados que versam sobre o pacto São José da Costa Rica, que aboliu a aplicação da prisão para o depositário infiel, gerando conflito de normas infraconstitucionais. Diante das divergências apontadas acerca do tema, pretende demonstrar a alienação fiduciária, para que a Lei seja uniforme, afim que os direitos e garantias fundamentais sejam respeitados, principalmente o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Palavra- Chave = Alienação fiduciária, Prisão Civil e Depositário infiel.

Sumário

RESUMO.....	iv
INTRODUÇÃO	5
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	8
1 - PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.....	10
1.1 - Conceito.....	10
1.2 Características da Propriedade Fiduciária	12
1.3 A Prisão do Depositário Infiel e a Constituição Federal	15
2 - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	17
2.1 O instrumento da Alienação Fiduciária	19
2.2 Alienação Fiduciária de Bens Móveis	21
2.3 - Alienação Fiduciária de Bens Imóveis	22
2.4 - A ação de Busca e Apreensão.....	23
3 - A CONTROVÉRSIA DO ARTIGO 1361 DO CÓDIGO CIVIL	27
3.1 - O Registro Obrigatório do (CRV) CERTIFICADO DE REGISTRO DE VEÍCULO.	31
3.2 - A redação do artigo 1361 CODIGO CIVIL	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado na presente monografia é a alienação fiduciária.

O artigo 2º no caput prevê as obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária no caso em que o proprietário fiduciário poderá vender a coisa a terceiro independente de avaliação prévia hasta publica ou Leilão ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial.

A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar que a alienação fiduciária é um meio de coagir o devedor a cumprir uma obrigação contratual que fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Sendo assim apresenta como problema, se os contratos de alienação fiduciária devem ser registrado somente no cartório de títulos e documentos ou no DETRAN, ou somente no DETRAN..

A esse respeito, tem-se como metodologia a realização de pesquisa teórica, tendo em vista a necessidade de explanação bibliográfica, análise dos recentes julgados a opinião dos doutrinadores acerca da alienação fiduciária após a ratificação pelo Brasil. O trabalho é interdisciplinar, pois além do tema ser matéria de direito civil aborda discussão envolvendo direito constitucional.

Alexandre de Moraes, apresenta o seguinte entendimento acerca das possibilidades de equiparação de depositário infiel prevista em Leis infraconstitucionais, hipóteses de prisão civil prevista na Constituição Federal, sendo aqui destacada a equiparação do devedor alienante como depositário infiel:

A Primeira diz a respeito da prisão civil do devedor, considerado, por ficção legal, como depositário infiel em alienação fiduciária (Decreto Lei 911/69) apesar da divergência doutrinária e jurisprudência, o (STF) Supremo Tribunal Federal assentou a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em alienação fiduciária / Habeas Corpus nº 7213 sessão de 23 – 11 -95, garantindo a aplicabilidade desta hipótese. Assim afirmou o supremo que a prisão de quem foi declarado por decisão judicial como depositário infiel e constitucional seja quanto o depósito regulamentado no Código Civil seja no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária.¹

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília : Senado Federal, 1988.

Após apresentar as possibilidades de equiparações às hipóteses da constituição mais permissiva de prisão civil por parte da legislação infraconstitucional, o ilustre Nelson Ronselvald e Miguel Reale explicita sua opinião acerca do tema aqui tomado como marco teórico:

Entendo que todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, deve ser registrado perante o órgão executivo de Trânsito do estado ou do distrito federal no município de domicílio ou residência de seu proprietário na forma da Lei.²

O objeto de pesquisa, o legislador propôs se os contratos de alienação fiduciária devem ser registrados somente no cartório de títulos e documentos no DETRAN ou somente no DETRAN.

Como hipótese de trabalho confirmada no decorrer dos estudos, sustenta-se a seguinte preposição; garantia jurídica de que o devedor alienante não seja privado de sua liberdade devido à equiparação ao depositário infiel típico, nos casos de descumprimento de obrigação contratual.

A presente monografia é estruturada em três capítulos.

No primeiro capítulo, faremos uma abordagem de propriedade fiduciária apresentando seu conceito, característica, o depositário infiel e a Constituição Federal.

No segundo capítulo, abordaremos sobre a alienação fiduciária em garantia. Apresentando o conceito, a natureza jurídica, a alienação fiduciária de bens móveis e imóveis e ação de busca e apreensão.

No terceiro e último capítulo, trataremos da controvérsia do artigo 1361 e o registro obrigatório do (CRV) Certificado De Registro De Veículo e a conclusão, neste ultimo capítulo, também serão apresentadas posições doutrinarias acerca da controvérsia do artigo 1361. Para demonstrar, levantamentos bibliográficos, pesquisas sobre tribunais superiores em artigos publicados em revista jurídica e

² ANGHER, Anne Joyce. *Vadmeccum acadêmico de Direito*. 7.ed.Cnt art.120. São Paulo: Rideel, 2009

textos na internet com objetivo de acrescentar pontos relevantes e atuais a pesquisas, para depois defender a presente tese.

Assim sendo, necessário se faz o desenvolvimento do presente trabalho acadêmico, para ao final constatar a propriedade fiduciária, alienação fiduciária em garantia, e o registro do contrato de alienação fiduciária, no ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Diante da importância do tema acerca da alienação fiduciária do devedor alienante, quando este deixa de cumprir com a obrigação contratual, de não esta equiparando ao depositário infiel, e fundamental a análise de conceito principais com o objetivo de analisar a eficácia da liberdade do devedor alienante.

Para uma melhor abordagem do assunto faz-se necessário a apresentação dos conceitos de alienação fiduciária, propriedade fiduciária e o registro do contrato de alienação fiduciária, aos quais serão explanados a seguir.

No que diz a respeito à alienação fiduciária com muita propriedade, só doutrinadores Nelson Ronsevald e Cristiano Chaves de Faria conceituam:

Como negocio jurídico bilateral, perfaz-se alienação fiduciária quando o credor adquirir a propriedade resolúvel e a posse indireta de bem móvel (Excepcionalmente de imóvel), em garantia de financiamento efetuado pelo devedor alienante que se mantém na posse direta da coisa resolvendo-se o direito do credor fiduciariamente com o posterior adimplemento da dívida garantida.³

O doutrinador Silvio Rodrigues apresenta o seguinte conceito de alienação fiduciária:

A alienação fiduciária em garantia é o negocio jurídico mediante o qual o adquirente de um bem transfere o domínio do mesmo ao credor que emprestou o dinheiro para pagar-lhe o preço continuando, entretanto o alienante a possui-lo pelo constituo possessórios resolvendo-se o domínio do credor quando for pago de seu crédito.⁴

O objetivo da propriedade fiduciária consiste em uma garantia do devedor alienante em face do credor fiduciante, sendo que após o cumprimento das

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Direito Reais**. Teoria Geral. 6. edição. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2007.

⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** v- 32º ed. Atual São Paulo Saraiva 2002.

cláusulas contratuais, o devedor alienante passa a ser o dono do bem e deixa ter a propriedade resolúvel para ser o real proprietário do bem.

A alienação fiduciária em garantia prevista nos direitos reais de Nelson Rosenvald tem a função de recebe a coisa e guardá-la e conservá-la e de restitui – lá quando reclamada pelo depositante não podendo usufruí-la. O devedor alienante, ao celebrar o contrato de alienação não tem como objetivo depositar o bem, e devolvê-lo ao credor, mas sem usufruí-lo e ter sua propriedade definitiva com o cumprimento do pactuado Nelson Rosenvald defende que:

A atipicidade do depósito na propriedade fiduciária resulta ainda da própria possibilidade do devedor fiduciante fruir o bem na pendência da relação contratual. E cediço que, nos contratos ordinários de depósito, depositário retém a coisa consigo para conservá-la, não podendo servir-se da coisa depositada sem licença expressa do depositante.⁵

Por fim; observaremos no decorrer da apresentação da presente monografia que a diversa transformação ocorrida na legislação brasileira, em especial no que refere à proteção aos direitos humanos, vem trazendo grandes inovações acerca da alienação fiduciária e outros tópicos mais.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Direito Reais**. Teoria Geral. 6. edição. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2007

1 - PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

1.1 - Conceito

Historicamente a fidúcia permitia que devedor transmitisse ao credor a propriedade da causa que lhe pertencia, mas esta coisa só será restituída após ter quitado o débito. A origem etimológica do termo fidúcia está ligada na confiança em que o outro conduza como o desejado com fé no cumprimento da palavra ao qual foi empenhada.

Com relação ao objetivo da alienação fiduciária, Nelson Rosenvald resume como:

O objetivo da propriedade fiduciária é garantir uma obrigação assumida pelo alienante, em prol do adquirente. O fiduciário se converte em proprietário, tendo no valor do bem caucionado o eventual numerário para se satisfazer na hipótese de inadimplemento do fiduciante. É uma notável forma de estímulo ao crédito direto para a aquisição de bens de consumo duráveis, tendo sido o instituto inserido em nossa sistemática na legislação de mercado de capitais (art. 66, Lei nº 4.728/65), ganhando autonomia com a edição do Decreto-Lei nº 911/69.⁶

A Lei especial que disciplina o mercado está introduzindo no Brasil, a alienação fiduciária, disciplinando uma estrutura típica. Como acentua o grande mestre Moreira Alves. A propriedade fiduciária adentrou o rol de direito real do art. 1225 do Código Civil, em princípio não encontramos referência a ela, mas sobeja explícita no inciso I como uma espécie de propriedade resolúvel. Aliás, não podemos negar o fato de que, a propriedade fiduciária é um verdadeiro direito real, assim como hipoteca e penhor.

A alienação fiduciária se faz por uma propriedade resolúvel quando criador possui a posse indireta ao bem móvel, em garantia do financiamento efetuado pelo devedor alienação que se mantém na posse direta da coisa. O objetivo da alienação

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Direito Reais**. Teoria Geral. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2007

fiduciária é garantir a obrigação assumida pelo alienante, em prol do adquirente, aliás a confiança é a base principal de qualquer relação obrigacional em que ela é aplicada. Sendo assim o sujeito ativo e o fiduciário é aquele em que se deposita a confiança, pois se trata de uma pessoa, concedente de empréstimos, sendo esta instituição conhecida como credor. De acordo com o artigo 1361 código civil. Não explicita a natureza pelo qual o devedor transfere o bem ao credor. O devedor é representado por uma pessoa jurídica que busca o crédito, sendo o fiduciante aquele que confia no bem, ao qual foi alienado.

O empresário fornecedor que aliena o bem ao fiduciante e está recebendo o que lhe é devido, este não participa da relação fiduciária, pois não lhe remanesce o crédito: o objetivo do contrato de alienação fiduciária será um bem-móvel por natureza durável e inconsumível, por exemplo, o automóvel, aparelhos eletrodomésticos em geral. Mas para o modelo de propriedade fiduciária o código civil só insere o bem infungível de acordo com o art. 1361 do Código Civil, pois estes bens não podem ser substituídos por outro da mesma espécie, qualidade, ou quantidade. A fungibilidade resultará em um impedimento dos contratantes tornarem infungíveis certas coisa naturalmente fungíveis.

O contrato de alienação fiduciária é um negócio jurídico cujos efeitos se restringem em uma esfera de obrigatoriedade, este contrato tem várias formas escritas, oneroso, bilateral e acessório, as sua existência jurídica tem a sua garantia assumida pelo devedor fiduciante. Neste caso o contratante possui a faculdade de optar em instrumento público ou em particular independente do valor articulado. Sabemos que em nosso sistema os contratos não possuem eficácia real, sendo indispensável à tradição e o registro como modo de propriedades mobiliária e imobiliária. Em outras palavras podemos dizer que o contrato de alienação fiduciária e apenas um título de causa à aquisição da propriedade futura. Os contratos de alienação fiduciária estão sujeitos o registro no ofício de títulos e documentos do domicílio do devedor, caso este contrato não seja registrado não haverá mero direito de crédito. O legislado dispôs que de acordo com artigo 1361 do Código Civil em seu parágrafo 1º transmitiu uma falsa ideia de que em matéria de veículos seria dispensado o registro do (CRV) Certificado De Registro De Veículo no cartório de títulos e documentos. Segundo o legislador o correto seria interpretar o dispositivo por uma conjunção de que é indispensável essa ideia de que não seria necessário

registrar veículo automotor no cartório de títulos e documentos, pois o (CRV) Certificado De Registro De Veículo é um certificado de propriedade do veículo.

Qualquer conclusão contrária seria obstaculizada de acordo com o art. 236 CF que ao determinar que os serviços de registros de caráter privado por delegação do poder público. Em outras palavras o registro não pode ser regido diretamente pelo estado ou por órgão integrante como uma autarquia. A súmula 92 do Superior Tribunal Judicial adverte que o terceiro de boa fé, não é oponível a alienação fiduciária e não é anotada no (CRV) Certificado De Registro De Veículo do veículo automotor. Esta súmula não pode ser interpretada isoladamente, pois existe uma mera integração com a súmula 489 (STF) Supremo Tribunal Federal que estabelecia que a compra e venda de automóvel contra terceiro não prevalece de boa fé no contrato ao qual não foi transcrito no registro de título de documentos. Ora, no mesmo sentido se insere § 1º do artigo 1361 que diz que se o credor fiduciário não providenciar a isenção na cláusula de alienação fiduciária no aludido documento o contrato de alienação será ineficaz, pois o terceiro acabou de adquirir o veículo livre e desembaraçado.

Toda via, e inadmissível o êxito da pretensão reivindicatória contra terceiro, pois decorre da prática em que o adquirente pesquise no cartório de títulos e documento a situação do veículo, na ausência do registro tem-se em verdade, entre os contratantes, apenas um mútuo e nada mais.

1.2 Características da Propriedade Fiduciária

A característica da propriedade fiduciária vem através do desdobramento da posse, do constituto possessório, da propriedade resolúvel e o patrimônio de afetação. Primeiramente iremos falar do desdobramento da posse, que é consequente na transferência da propriedade fiduciária do bem do credor, sendo assim, tira o devedor o direito de usar e gozar do bem responsabilizando-se por eventual perda destruição ou deterioração do objeto na qualidade de depositário. Neste caso o credor fiduciário possui a posse indireta da coisa, sendo limitada a sua propriedade, e possuindo em seu poder as duas das mais importantes faculdades dominiais aos quais sejam, a do uso, e a fruição do bem.

O constituto possessório é um modo de aquisição da perda da posse, percebida por força de inserção no contrato, tendo uma inversão pela qual o fiduciante que tinha a qualidade de proprietário passa agora na condição de depositário.

Em face do *constituto possessório* o ilustre autor preceitua que:

O constituto possessório é percebido por força da inserção da cláusula constitui no contrato. Isto é, há uma inversão no título da posse, pela qual o fiduciante que a detinha, na qualidade de proprietário (em nome próprio), continua a mantê-la, só que agora na condição de depositário (em nome alheio). A posse indireta restou adquirida por ficção, eis que não foi preciso qualquer ato material de entrega da coisa parte do fiduciante ao tempo da alienação.⁷

A propriedade do fiduciário é resolúvel em sua constituição com o escopo único de garantia, pelo tempo que durar a obrigação principal também surge um direito eventual em prol do fiduciante, consistente na titularidade do bem uma vez cumprida a condição do art. 1361 do Código Civil. Este artigo trata-se do fato do direito eventual integrar o seu patrimônio ao fiduciante que tem o direito de manejar as ações possessórias para tutelar a sua posse direta perante terceiro principalmente contra o fiduciário, os demais poderão promover ações com quem quer que viole o direito de propriedade.

Após o término dos pagamentos das prestações vencidas, o fiduciante adquirir o direito de domínio ficando o credor com a responsabilidade de lhe transmitir o direito de propriedade, ou seja, garantindo um pagamento futuro em cima do bem alienado.

Miguel Castro Nascimento, traduz a propriedade fiduciária em um titular que não pode construir sobre objeto de garantia ou qualquer empréstimo de empenhar, como proprietário ele só tem o poder jurídico sobre a substancia, lembrando o valor de seu poder dominial como uma propriedade pelo devedor, só se opera pela quitação integral, com averbação ou cancelamento do título em cartórios.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Direito Reais**. Teoria Geral. 6. edição. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2007

Destarte a característica apresentada Caio Mário da Silva Pereira aponta outras a seguir:

A propriedade fiduciária é um contrato: a) bilateral, porque gera obrigações para o alienante e o adquirente; b) oneroso, porque beneficia a ambos - proporcionando instrumento creditício ao alienante, e assecuratório ao adquirente; c) acessório, uma vez que sua existência jurídica subordina-se à da obrigação garantida, cuja sorte segue; d) formal, porque há de constar sempre de instrumento escrito (público ou particular).

Na propriedade fiduciária o devedor tem o direito de gozar do bem enquanto remanesce o débito, mas a fundamental distinção entre o penhor, é a anticrese que é o direito de hipoteca é da propriedade em que se constituíram ônus real em coisa alheia.

Em idêntico sentido o credor fiduciário tem o direito de pedido de restituição do bem desde que seja arrecadado em poder do devedor fiduciante que esteja falido ou em situação de insolvência. Assim o bem ficaria protegido da ação de outros credores fiduciante.

O bem dado em propriedade fiduciária não fará parte dos ativos de devedor deixando de entregar os acervos concursal, assim o credor procederá com a alienação do bem em resultados que poderão ocorrer se houver saldo apurado ou venda for insuficiente continuará o devedor, obrigado a responsabilizar pelo restante de acordo com o artigo 1366 do código civil. A hipótese mais próxima é aquela que resulta da inovação de acordo com o artigo 1365 do Código Civil que dispõe sobre: O devedor poderá conceder o seu direito eventual, a coisa em pagamento do debito, após o seu vencimento, mas, isto é, um fato que dependerá da anuência do credor.

De acordo com o artigo 7º do Decreto Lei 911/69, dispõe que caso ocorra a falência do devedor alienante fica assegurado o credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente, neste caso o credor não precisa habilitar o seu credito, basta apenas que lhe aguarde o pagamento ou a imediata restituição da posse do bem para depois poder vendê-los aplicando somente a satisfação do credito. Com base no artigo 53 da Lei 10.931/2004 altera-se a Lei de incorporações permitindo que ela seja submetida ao regime de adaptação pela qual o terreno será apartado do patrimônio do incorporador e

constituirá o patrimônio a entrega nas unidades imobiliárias para os respectivos adquirentes, após a averbação no registro imobiliário, os bens integrantes somente poderão ser objetos de garantia real em operação cujo produto seja destinado a consecução da entrega nas unidades imobiliárias às respectivas adquirentes.

1.3 A Prisão do Depositário Infiel e a Constituição Federal

De acordo com a constituição federal dispõe sobre o fato em que o bem alienado que não for encontrado ou estiver fora da posse do devedor, converte-se em um procedimento de ação de depósito nos próprios autos no qual irá exigir-se a restituição do bem ou um valor equivalente em dinheiro ou uma simples contestação. Caso o devedor não cumpra com o procedimento de busca a restituição da coisa ou a entrega do valor equivalente em dinheiro ocorrerá a previsão de prisão civil do depositário como um meio coercitivo a partir do trânsito em julgado. Mesmo como o cumprimento da pena de prisão pelo prazo máximo de um ano será lícito o credor ajuizar uma execução para haver o saldo remanescente que a sentença reconheceu-lhe.

A ação de depósito com incidência de prisão civil só nasce naqueles casos que o depositário recebe a coisa para guardar conservar e restituir. É cediço que nos contratos ordinários de depósito, o depositário retém a coisa consigo para conservá-la, mas ele não pode usufruir da coisa depositada sem a licença expressa do depositante. Conclui-se, então, que a prisão não seria propriamente pela infidelidade do depositário, mas por dívida, tratando-se de um meio de constranger o devedor ao pagamento do débito.

Deverá o fiduciante impetrar o remédio do hábeas corpus a fim de afastar o constrangimento do decreto de prisão, pois a responsabilidade do devedor incide apenas sobre o seu patrimônio, esta é a única garantia do credor. Apesar dessas ponderações o (STF) Supremo Tribunal Federal sempre prestigiou o entendimento que aplaudia a viabilidade prisional apegando-se a letra fria da constituição federal que proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se demora a entregar o bem sobre o qual tem a posse imediata. O pacto de São José da Costa Rica diz que ninguém deve ser detido por dívida, este princípio não limita os mandamentos de autoridade judiciárias competentes, expedidos em virtude

inadimplemento de obrigação alimentar, o entendimento da corte trata-se das incorporações de direitos humanos que penetraram em nossa legislação com força constitucional ou por força de conversão internacional, no entanto o devedor que for qualificado como depositário está de acordo com o artigo 1363 do código civil, reafirmando-se a viabilidade de sua prisão, não excedente a um ano, a teor do artigo 652 resta agora indagar-se a Lei mais nova do código civil o qual estaria a revogar o pacto de São José da Costa Rica.

2 - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A alienação fiduciária em garantia consiste em garantia em que, alguém recebendo um financiamento aliena o bem ao financiador, para que tenha o pagamento da dívida contraída. Considera-se fiduciária a coisa móvel em que o devedor transfere ao credor a garantia com o escopo de acordo com o artigo 1361 do código civil.

Melhim Namem Chalhub apresenta o seguinte conceito de alienação fiduciária:

Na linha dessa concepção, é a alienação fiduciária o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, como escopo de garantia do pagamento de uma dívida, convencionada a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de determinada coisa móvel, mantendo-se na posse direta da mesma.⁸

Cesar Fiuza diz que:

A alienação fiduciária em garantia é o contrato pelo qual uma pessoa, o devedor fiduciante, a fim de garantir o adimplemento de obrigação e mantendo-se na posse direta a outra pessoa, o credor fiduciário, que fica adstrito a retransmitir a propriedade ou a titularidade do direito ao devedor fiduciante, assim que paga a dívida garantida.⁹

Segundo Nelson Rosenvald:

Como negócio jurídico bilateral, perfaz-se o credor fiduciário adquire a propriedade resolúvel e a posse indireta de bem móvel (excepcionalmente de imóvel), recebido em garantia de financiamento efetuado pelo alienante-

⁸ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Editora Renovar, 2009.

⁹ FIUZA, César. Direito civil: curso complemento. 11 ed.rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, 830.

que se mantém na posse direta da coisa- resolvendo-se o direito do fiduciário com a solução da dívida garantida.¹⁰

No contrato de alienação fiduciária a pessoa que recebe o financiamento e o aliena chama-se alienante ou fiduciante, e o credor que adquire o financiamento é chamado fiduciário. A característica desse contrato consiste na transferência do domínio em que foi resolvida a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da sua tradição efetiva. Neste caso o devedor ficará no poder em que passa ser possuidor direto e depositário do bem, arcando se com todas as responsabilidades e encargos que lhe encubem de acordo com a Lei civil e penal.

De acordo com os autores que tem estudado a introdução da alienação fiduciária entre nós, procura esclarecer a natureza jurídica com a venda e a reserva de domínio e o penhor trata-se de uma venda condicional, mas e proibido que o bem aproxime de vários outros contratos de alienação fiduciária em garantia, em que tenha características feita pelo devedor. Se ela for resolúvel, a transferência do domínio devera ser pago de modo ajustado, neste caso o credor perde o domínio da coisa que lhe foi transferido em garantia.

Com relação ao primeiro fenômeno apresentado, qual seja o desdobramento da posse, Nelson ROSENVALD DIZ QUE:

E conseqüente ao fato da transferência da propriedade fiduciária ao credor, inserindo-se no contrato previsão de manutenção da posse direta da coisa com o fiduciante (art. 1.361,§2.CODIGO CIVIL), podendo usar e gozar do bem segundo a sua destinação, mas as suas expensas e riscos, responsabilizando-se por eventual perda, destruição ou deterioração do objeto, na qualidade de depositário (art. 1.363, CODIGO CIVIL).¹¹

Por outro lado a alienação fiduciária, difere bastante do penhor e da venda com reserva de domínio, pois no penhor a propriedade fica com o devedor, e na reserva de domínio a propriedade não sai do vendedor, a não ser que seja pago integralmente o valor da coisa vendida. O devedor, adquiriu o bem como o

¹⁰ ROSENVALD, Nelson. Direito reais. 2 ed. Rio de Janeiro: impetrus, 2003,p.121.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Direito Reais**. Teoria Geral. 6. edição. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2007

financiamento, transfere-se o domínio ao credor, em garantia da dívida contraída, isto é deixando de entregar o bem vendido como garantia no patrimônio do credor, em que a dívida seja paga no prazo ajustado.

A própria Lei impede que o credor não pague a dívida fique com o bem, integrando-se o domínio do mesmo no seu patrimônio, pois é apenas esse domínio que ele tem como garantia da dívida. No caso de venda e do não cumprimento da obrigação por parte do devedor, com o produto, pagasse sendo devolvida ao alienante o resto que sobrar da venda isto foi dada de acordo com o decreto Lei 911 e o código civil em seus artigos 1364 a 1366, dispõe que vencida a dívida e ela não for paga, fica o credor obrigado a vender judicial ou extra judicialmente, a coisa a terceiro e aplicar o seu crédito nas despesas de cobranças, ele também ficará obrigado a entregar o saldo, se houver ao devedor. É nula a cláusula que autoriza o proprietário ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não tiver sido quitada no vencimento o devedor pode com a anuência do credor dar-se ao direito eventual a coisa em pagamento da dívida após o seu vencimento. Vendida a coisa e o valor não for suficiente para as despesas de cobrança continuará o devedor obrigado a responsabilizar pelo restante. O contrato de alienação fiduciária só se realiza com bens móveis, apesar de não ter forma especial prescrita na Lei, só se prova por escrito através de instrumento público ou particular qualquer que seja o seu valor. Este instrumento é probatório no contrato e deve ser obrigatoriamente arquivado no cartório de título e documento do domicílio do devedor e se tratando de veículos deverá ser registrado em uma repartição competente para o licenciamento, fazendo-se uma anotação no (CRV) Certificado De Registro De Veículo, sob pena de não valer contra terceiros de acordo como artigo 1361, §1º.

2.1 O instrumento da Alienação Fiduciária

No instrumento da alienação fiduciária em garantia deve conter o esclarecimento da operação, o total da dívida, a sua estimativa, o local, a data do pagamento, taxa de juros, as comissões, cuja cobrança for permitida, a cláusula penal e estipulação da correção monetária, com a descrição do bem ao objeto da alienação fiduciária e com toda a sua identificação. Poderá o instrumento de

alienação fiduciária ser lavrado mesmo antes do devedor ser proprietário da coisa no objeto do contrato, nessas condições o credor terá o domínio da coisa, no momento em que o devedor adquirir a propriedade da coisa, não havendo qualquer formalidade posterior a propriedade superveniente será adquirida pelo devedor, neste caso torna-se eficaz, a transferência da propriedade fiduciária, de acordo com o código civil em seu artigo 1361, § 3º.

A coisa alienada em garantia é identificada no instrumento, com números, marcas ou sinais, em regra se assim não acontecer, cabe ao proprietário o ônus da prova, contra terceiros que se encontra em poder do devedor.

Havendo inadimplemento por parte do devedor, pode o credor na qualidade de proprietário vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito decorrente da cobrança, entregando-o devedor o saldo que houver. Esta venda pode ser feita independentemente de Leilão, de hasta pública, a variação prévia ou qualquer medida judicial ou extrajudicial, constando a dívida de várias obrigações e ocorrendo a mora decorrerá um simples vencimento para o pagamento total ou parcial, podendo ser comprovada por carta expedida do cartório de títulos e documentos ou pelo protesto do título quando houver. O inadimplemento de uma das obrigações facultará o credor a considerar vencida de pleno direito, todas as obrigações contratuais independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

O credor tem o direito de requerer contra o devedor ou terceiros a coisa alienada fiduciariamente a busca e apreensão, que será concedida pelo juiz no caso que for comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor. Despachada a liminar de busca e apreensão, o réu será citado no prazo de três dias para apresentar contestação. Nesta contestação só poderá ser alegado o pagamento do débito ou o cumprimento das obrigações contratuais. Já se o réu estiver pago 40% da dívida pode pedir a purgação da mora, em que o juiz marcará um prazo para o pagamento no qual este prazo não deverá ser feito no prazo superior a dez dias. Contestando ou não o pedido e não purgada a mora, o juiz dará a sentença no prazo de cinco dias independentemente da avaliação do bem.

Não sendo encontrado o bem alienado fiduciariamente, o credor poderá haver o seu crédito, ao intentar uma ação de depósito ou recorrer a ação executiva sendo o contrato garantido por aval ou fiança, ou avalista ou fiador, ou mesmo o terceiro

interessado em pagar a dívida. No caso em que for quitada a dívida, sub-rogará de pleno direito na garantia constituída na alienação fiduciária.

Por último havendo falência do devedor, fica assegurado ao credor o direito de pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente.

2.2 Alienação Fiduciária de Bens Móveis

O contrato de alienação fiduciária de bem móvel é aquele, pelo qual o comprador transfere a propriedade do bem adquirido para o financiador, em que tem a obrigação de pagar a dívida e devolver o seu crédito quando satisfeito no domínio adquirido.

Silvio Rodrigues nos dá um exemplo, que se encaixa perfeitamente nos objetivos dessa dissertação: o alienante de um automóvel, bem móvel por natureza, paga parte do preço ao vendedor, devendo-lhe o saldo o vendedor transfere o crédito para o financiador, remanescente do preço.¹²

Para que o financiador tenha a garantia do credor, lhe foi transferido fiduciariamente um automóvel, que é a garantia do pagamento do débito, nessas condições o negócio só se resolve voltando o veículo para o adquirente.

Maria Helena Dinis prevê a alienação fiduciária do bem móvel do seguinte modo: a alienação fiduciária em garantia consiste na transferência feita pelo devedor ao credor à propriedade resolúvel da posse indireta como garantia do seu débito resolvendo-se adimplemento da obrigação.

Para Orlando Gomes é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire a propriedade de um bem obrigando a desenvolvê-la quando for pedida a restituição do bem.

¹² RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** 32. ed. Atual São Paulo Saraiva 2002.

2.3 - Alienação Fiduciária de Bens Imóveis

A Lei nº 9.514/97 dispôs sobre a modalidade de alienação fiduciária de coisa imóvel:

De acordo com a referida norma o negocio jurídico e aquele “pelo qual o devedor, ou o fiduciante, com o escopo de garantia contrata a transferência ao credor ou fiduciário da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.¹³

O sistema consiste a transmissão do devedor ao credor como direito de garantia de caráter resolúvel, ou seja, o credor não deseja a coisa, mas investe na condição de seu titular temporário como forma de pressionar o devedor a pagar o financiamento do debito. Com o advento da Lei nº 9.514/97, o legislador procura as consequentes evoluções social, estimulando os financiamentos mediante garantia da fidúcia.

O interessado na compra do imóvel levantará o empréstimo para o pagamento do preço de aquisição efetuar a alienação fiduciária do imóvel transferindo a propriedade ao constituo possessório, mediante um registro no ofício imobiliário, até a quitação do debito, o devedor será possuidor direito do imóvel, no pagamento da ultima parcela da dívida. Resolve-se a propriedade no prazo de 30 dias para emitir o termo de quitação em prol do devedor.

A volta considera que a integralização do pagamento, basta que o exiba o registro de quitação do preço para que seja averbado o cancelamento da propriedade fiduciária.

Caso seja constatada a inadimplência o procedimento extrajudicial e retomado as desapossamento do bem pelo credor, pela via extrajudicial, com a venda do bem em Leilão no prazo de 30 dias a contar da consolidação da propriedade pelo credor, ou seja, decorrido o prazo de carência, o devedor fiduciante deverá purgar a mora no prazo de 15 dias, contado a intimação pessoal pelo oficial do registro imobiliário, sob pena de restar a propriedade em poder do credor fiduciante.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Direito Reais**. Teoria Geral. 6. edição. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2007

Eduardo Takemim afirma que a grande facilitação da retomada que é a consolidação da propriedade do imóvel pelo credor em caso de inadimplemento inclusive a dispensa do processo ao contrario da lenta execução que ocorre no sistema hipotecário.¹⁴

A construção civil incita o financiador a buscar a atividade, cujo risco é mitigado pelo ordenamento jurídico. Esta confiança conduzirá uma redução nas taxas de juro que são influenciadas pelo fator de risco. Além da segurança o investidor tem a vantagem de negociar os valores imobiliário conciliando a garantia com a liquidez e estabilidade nas fontes de captação de recursos a conceder um título de crédito, em crédito imobiliário.

2.4 - A ação de Busca e Apreensão

De acordo com o código civil em seu artigo 1364 dispõe que:

Vencida a dívida, e não paga, Fica o credor obrigado a vender judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiro, a aplica o preço no pagamento de seu credito e das despesas de cobrança, e entrega o saldo ao devedor se houver.¹⁵

Este dispositivo refere à faculdade do credor a dispor da coisa em caso de inadimplemento. O credor tem consigo uma espécie de propriedade por conservar a coisa em sua responsabilidade. Nesta situação destarte a inexecução da obrigação dispara como um mecanismo do direito real em garantia do credor. O fiduciário pode buscar a coisa com quem quer que se encontre, em razão da publicidade e a oponibilidade do registro erga omnes do direito real.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Direito Reais**. Teoria Geral. 6ª edição. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2007.

¹⁵ ANGHER, Anne Joyce. *Vadmeccum acadêmico de Direito*. 7.ed. São Paulo: Rideel, 2009

A mora produz consequências danosas em face do devedor, mas o contrato de alienação fiduciária requer requisitos especiais, para que introduzam sanções ao fiduciante inadimplente. O (STJ) Superior Tribunal De Justiça em sua sumula 72 adverte que: a comprovação da mora é imprescindível busca e apreensão do bem alienado. Em outra parte, a constituição do devedor em mora é automática, pois o contrato está garantindo o pagamento. Contudo, se pretensão do credor estiver voltada para o procedimento da ação em espécie, optará por duas opções; a expedição da carta registrada pelo cartório de títulos e documentos, e pelo protesto cambiário. O recebimento dessas duas expedições induz a comprovação da mora podendo arrebatar o bem de quem o influi.

O objetivo do credor é ver o adimplemento, da coisa dada em garantia. Para que possa ser obtida uma venda judicial ou extrajudicial, caso esta obrigação não seja cumprida poderá o credor antecipar o vencimento do debito de acordo com o artigo 1425, que dispõe sobre o pagamento no qual o credor poderá iniciar uma ação de busca e apreensão caso o débito não seja quitado. Na ação de busca de apreensão, ocorreu uma cláusula resolutiva expressa inserida no contrato que dispõe: o contrato é um título executivo extrajudicial, pois possibilita ao credor de ocorrer a busca e apreensão, no caso de ajudar uma ação executiva com penhor de outros bens encontrado no patrimônio do devedor para pagamento da dívida.

Este dispositivo explica o princípio da ampla defesa e da contraditória na ação de busca e apreensão no qual se compara a um processo pelos próprios limites finalísticos. De acordo com a Lei, caso seja encontrado a coisa litigiosa poderá o réu optar pela purga da, mora e a resposta. Em outro caso se já houvesse adimplido poderia o réu, purgar a mora, pagando o débito vencido, sendo purgada a ação retomando bem as mãos do fiduciante.

A sumula 284 do (STJ) superior tribunal de justiça dispõe que a purgar da mora nos contratos de alienação fiduciária só é permitida se já estiver sido paga 40% do valor financiado.¹⁶

¹⁶ ANGHER, Anne Joyce. *Vadmeccum acadêmico de Direito*. 7.ed. São Paulo: Rideel, 2009

De acordo com o 1º§ do artigo 3º conferido pelo artigo 56 da Lei nº 10.931/04, antecipa o momento que o credor fiduciário consolida a propriedade do bem alienado. Pela norma revogada vale dizer que a consolidação da propriedade só ocorreria no momento em que o juiz dá à sentença de busca e apreensão. Agora a consolidação de a propriedade dar-se- a, no início do processo no prazo de 5 dias após o cumprimento da liminar. Caso não seja pago o valor total da dívida, o credor pode efetuar a disposição da coisa, ou então mante- lá em seu patrimônio.

Em outras palavras poderá ser expedido um certificado da propriedade em nome do credor fiduciário. Nesta situação a propriedade plena difere a faculdade, de usar o fruir ao dispor da coisa. A partir de que se elimina a regra do direito material, torna se admissível que o credor possa fazer com a coisa para si como objeto de seu patrimônio pessoal. Entretanto, para não surgir uma ação de enriquecimento sem causa para que o credor restitua ao devedor qualquer valor obtido com a venda do bem.

De qualquer forma o desejo do legislador e em primor à qualidade da busca e apreensão para garantir e estimular concessão de crédito com fortalecimento no mercado produtivo. Realmente a alienação fiduciária torna mais atraente, pois o credor não precisa guardar a sentença para promover a venda dos bens apreendidos, pois gera despesa no valor do objeto com perda substancial do investimento em prol do devedor fiduciante. Em nível de ponderações devemos lembrar que a busca e perseverante pela segurança jurídica ou pela missão de ordenamento jurídico evitando qualquer lesão ao consumidor.

Por tanto, o provimento não e irreversível, no prazo de 5 dias, pois o devedor poderá pagar integralmente a dívida pendente, livrando o bem do ônus do fiduciário.

Agostinho Alvim diz: que a purgação em favor que a Lei concede do devedor, permitindo neutralizar o direito do credor atinente à resolução do contrato.¹⁷

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Direito Reais**. Teoria Geral. 6 edição. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2007.

A propriedade de relação de consumo a opção e a purga e a mora, pois é a mais fortalecida perante o devedor na medida em que a cláusula resolutive só será expressa, cabendo a escolha ao consumidor. O consumidor exercitará o direito de purgar a mora até o momento de sua contestação, preservando na relação obrigacional no processo, ampliou-se tanto o prazo como a matéria de defesa do réu, pois antes se reservava apenas 3 dias para alegar o pagamento do débito vencido. Poderá em 15 dias por uma matéria que entenda a relevantes limitações da ordem material ou a validade de cláusulas com cobranças de taxas e juros, além de valores cobrados de forma excessiva.

De fato, §14º do art. 56 faculta o devedor a demandar a devolução dos valores cobrados ilegalmente, conferindo a carga de duplicidade, e evitar a busca e apreensão. Nesta situação o réu culmina ao introduzir em sua defesa um verdadeiro pedido, sem ajuizar uma ação autônoma de revisão de cláusulas. Renova também em uma fixação de multa a ser paga pelo credor quando a demanda for julgada improcedente em razão da perda da posse do bem pelo devedor.

3 - A CONTROVÉRSIA DO ARTIGO 1361 DO CÓDIGO CIVIL

De acordo com o artigo 1361 do código civil, o contrato de alienação fiduciária de veículos deve ser registrado somente no cartório de títulos e documentos ou no (DETRAN) departamento Trânsito.

Tal questão tem sido fonte de grande controvérsia em razão da redação do artigo 1361 do código civil que diz:

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

1º constitui-se propriedade fiduciária com registro do contrato, celebrado por instrumento publico ou particular que lhe serve de titulo no registro de títulos e documentos do domicilio do devedor, ou em se tratando de veiculo, na repartição competente para o licenciamento fazendo-se anotação com certificado do registro.¹⁸

Para uma parte da doutrina o registro do contrato e essencial a constituição da propriedade fiduciária.

A Anotação do gravame tem a finalidade primordial de dar publicidade, ao ônus de garantia existente a um determinado veículo a passo que o registro tem como objetivo garantir que o negócio jurídico existe e que um contrato foi assinado, e foi realizado um financiamento, dando um veículo em garantia que não se trata apenas de uma obtenção de crédito por terceiro interessado, mas uma obtenção de crédito pela revendedora que mantém o veículo guardado.

O Código Cível de 2002 determinou que a constituição da propriedade fiduciária deva estar revestida de formalidade do contrato conforme se desprende o artigo 1361 §1º. Sem o registro do contrato a garantia e a segurança inexistem. Sendo assim, não há instrumento contratual na esfera jurídica. Em consequência não produz efeito Jurídicos

O registro da propriedade fiduciária, para o licenciamento passou a ser uma condição referida, pois o indeferimento da ação de busca e apreensão não for comprovado a formalidade, conclui-se que o registro do contrato responsável pelo licenciamento do veículo, passou a ser requisitos de validade na alienação fiduciária, e não somente um requisito perante terceiro de boa fé.

¹⁸ ANGHER, Anne Joyce. *Vadmeccum acadêmico de Direito*. 7.ed. São Paulo: Rideel, 2009

De acordo com a decisão acatada pelo (STF) Supremo Tribunal Federal, sobre a controvérsia do artigo 1361 do Código Civil, a assessoria prestou as seguintes informações sobre o contrato de alienação fiduciária de veículos.

Segundo a assessoria o contrato de alienação fiduciária de veículos, deverá conter uma mera anotação perante o órgão de licenciatura, mas com a hipótese de não afastar o contrato no cartório de títulos e documentos. A associação nacional ACREF e o Departamento de Trânsito do Rio de Janeiro interpuseram os recursos extraordinários que diz sobre o artigo 1361 do Código Civil :

Dizem ser anotação do gravame , de Alienação Fiduciária ,a reserva de domínio ou penhor ,contratos de arrendamento mercantil no (CRV) Certificado De Registro De Veículo .¹⁹

Os associados do ACREF asseveram não ter código de Trânsito que dá a expedição do (CRV) Certificado De Registro De Veículo para que ele tenha uma garantia de Direito Real. O (STF) Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2150 do Distrito Federal, analisando a questão, transcrevem o voto do relator .

Analisando a questão similar dos artigos 11 e 18 da medida provisória números 1925-5120 transcrevem o seguinte trecho ao qual reproduzo abaixo:

Nenhum dos artigos como, visto excepciona a exigência de registro para a constituição da garantia real , pelo contrario , regulam eles a forma como este deve ser realizado, determinando, no caso de veículos automotores, o órgão competente, sendo assim, não há violação aos princípios da publicidade e da segurança mas há somente uma regulação que visa garantir a publicidade e a segurança realizada por meio de cédula de credito ou o registro dos títulos nos órgãos de Trânsito competente.²⁰

¹⁹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO E ((DETRAN) DEPARTAMENTO TRÂNSITO) DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO/RJ: recurso extraordinário. Art. 1.361 do código civil de 2002: apresentação. Rio de Janeiro, 2010.

²⁰ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO E ((DETRAN) DEPARTAMENTO TRÂNSITO) DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO/RJ: recurso extraordinário. Art. 1.361 do código civil de 2002: apresentação. Rio de Janeiro, 2010.

O referido controle ocorrerá quando houver a delegação que salientam encerrar o artigo 1361, parágrafo 1º do código civil, a simplificação da vida do proprietário do veículo alcançando-se a publicidade e a vença entre as partes. Sonia Maria Andrade dos Santos e o instituto nacional de defesa do consumidor INADC, apresentaram contrarrazões. Não há dúvida que as funções notarial de registro cabem ao estado , mas são desempenhadas em caráter privado mediante a delegação do poder publico ,revelando-se o próprio estado , considerado o artigo 236, parágrafo 3º da constituição federal.

O documento na vida do proprietário, é como um elemento nuclear para a constituição da propriedade fiduciária, surgindo a natureza constitutiva necessária e obrigatória. Para os recorridos a mera anotação no (CRV) Certificado De Registro De Veículo, não encerra a eficácia jurídica. Pois o contrato de propriedade fiduciária deve ser antecipado, levado a cartório a fim de permitir o cadastramento de veículo nos assentamentos do (DETRAN) Departamento de Trânsito, só assim é que o consumidor tem a garantia e o direito básico a respeito dos dados contratuais relativos a alienação fiduciária.

O ministro Benedito Gonsalves deferiu a liminar requerida pelo (DETRAN) Departamento Trânsito em análise posterior reconsiderou a seguinte decisão;

Entendo ficar configurada a repercussão geral toda vez que é proclamada a inconstitucionalidade de ato normativo na origem, vindo o recurso extraordinário a ser interposto a partir linear b do inciso 3 do artigo 102da constituição federal , a revela-lo adequado quando declarada inconstitucionalidade de tratado ou Lei federal.²¹

Cumpre ao supremo equacionar o interesse jurídico a repercutir em inúmeras situações. O (TJ) Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 1361 do Código Civil e o artigo 236 da CF de 1988, que assentou a seguinte informação; a obrigatoriedade de gravames a incidirem sobre veículos automotores

²¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO E ((DETRAN) DEPARTAMENTO TRÂNSITO) DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO/RJ: recurso extraordinário. Art. 1.361 do código civil de 2002: apresentação. Rio de Janeiro, 2010.

serem levados a registro no cartório de títulos e documentos . Admite a configuração do instituto da repercussão geral.

A outros doutrinadores que dão sua opinião contra o registro do contrato de alienação fiduciária:

A Lei federal de 11.882 Foi clara: em dispor em seu artigo o que a anotação do (CRV) Certificado De Registro De Veículo é o suficiente para produção de provas contra terceiros, gerando efeitos erga omnes (Para todos). Entretanto não há dúvidas sobre a diferenciação da anotação do gravame. A Lei 11.882 declara que:

A anotação do gravame e suficiente para produção de provas contra terceiros, para fins de segurança jurídica, constituição da propriedade fiduciária e garantia dos requisitos de existência validade e eficácia do contrato. Sendo assim continua imprescindível o registro.²²

O registro em cartório, não é requisito de validade do negocio jurídico, pois as partes são perfeitas e válidas independentemente do registro que se ausente e trás uma única consequência a ineficiência do controle perante terceiro de boa fé.

O CNT (código nacional de Trânsito) ao disciplinar as expedições do (CRV) Certificado De Registro De Veículo em seus artigos 122 e 124 não prevê como peça obrigatória a ser apresentado o contrato de alienação fiduciária registrada. A Lei 9.523/97, prestigiando-se ratio legis, impede a conclusão no caso de veiculo autônomo ao constar o certificado de registro a alienação fiduciária uma vez que é atendido o requisito da publicidade.

A Lei não exige o registro cartorial da alienação fiduciária, para a expedição do (CRV) Certificado De Registro De Veículo, pois não há como competir a autoridade do (DETRAN) Departamento Trânsito a proceder quer a recorrente. O (STJ) Superior Tribunal De Justiça havia expedido uma sumula sobre o tema, que não e obrigado ao (DETRAN) Departamento Trânsito a expedir a documentação do veiculo, com restrição de alienação fiduciária, mas com o novo advento no novo código civil, relata sobre os casos de alienação fiduciária que fiquem os (DETRAN)

²²COSTA, Wellington da. **Obrigatoriedade de Registro de Contratos**. Março/2011. Disponível em: www.fiduciadocumentos.com.br/2011/index.PHP/category/legis/ação/artigos

Departamento Trânsito estaduais obrigado a constar a documentação do bem contratado cumprindo-se todos os termos de acordo entre as partes.

3.1 - O Registro Obrigatório do (CRV) CERTIFICADO DE REGISTRO DE VEÍCULO.

Segundo a Lei de registro público do Contrato de alienação fiduciária não oferece condição para que a propriedade possa ser transferida. A decisão do (STJ) Superior Tribunal De Justiça, negou um veiculo contra o departamento de Trânsito do estado do (PR). Segundo as informações discretas no processo, a anoreg impetrou um mandado de segurança contra o diretor para que seja indispensável à inscrição da (CRV) Certificado De Registro De Veículo, emitido pelo órgão de alienação fiduciária.

O presente contrato afirma que o contrato firmando entre usuários e uma entidade financeira tem que ser registrado no cartório de títulos e documentos e o domínio das partes. Após ter sido aplicado o recurso em primeira instância a associação alegou que o (DETRAN) Departamento Trânsito estaria descumprindo a ordem que determina a obrigatoriedade do registro, para ter validade contra terceiro e também aduziu que alienação fiduciária só pode ser aceito nos órgãos de Trânsito após ter sido registrado, sob pena de resultar falha da publicidade contra terceiro de boa fé.

O (STJ) Superior Tribunal De Justiça ao analisar o caso proveu as aplicações para os seguintes entendimentos, em que o contrato de alienação fiduciária somente poderá ser exigido o na medida em que se tenha a validade do título do certificado de registro do veiculo no (DETRAN) Departamento Trânsito.

A anoreg recorreu ao (STJ) Superior Tribunal De Justiça que a legislação é clara em exigir o arquivamento do contrato de alienação fiduciária, pois o contrato é apenas um título da constituição da propriedade fiduciária que ainda não nasceu, portanto o seu nascimento depende meramente do registro desses títulos.

Ao analisar o relato, ministro Luiz Fux destacou a eficácia do registro no licenciamento do veiculo considerando a mera anotação do cartório de títulos e

documentos, e a exigência do registro do contrato de alienação fiduciária, pois isto não é um requisito de veracidade do negócio jurídico perante o terceiro de boa fé²³.

3.2 - A redação do artigo 1361 CODIGO CIVIL

O novo código civil de 2002 relata em seu artigo 1361, propriedade fiduciária resulta em uma coisa móvel ou fungível em que o devedor com a garantia transfere o bem para o credor.

O presente artigo relata que a propriedade fiduciária com o registro do contrato devesse ser celebrada mediante instrumento público. O particular, que lhe serve como garantia de título do domiciliado do devedor.

O presente contrato deve conter o total da dívida a sua estimativa, o prazo e época para o pagamento, a taxa de juros, se houver, a descrição da coisa objeto da transferência com os elementos indispensáveis a sua identificação, com a constituição do contrato de alienação fiduciária, foi introduzida uma importante alteração onde se faz necessário que vencida a dívida e imputável ao credor a venda do bem, judicial ou extrajudicialmente e aplicação do valor obtido no pagamento de seu crédito e das despesas de cobranças e a entregar o saldo, se houver ao devedor.

O artigo 1361 também relata sobre o registro no cartório de títulos e documentos, mas no caso em que o registro seja de veículos devesse conter uma mera anotação no (CRV) Certificado De Registro De Veículo do veículo e deverá ser registrado no cartório de títulos e documentos através de um arquivamento por meio de cópia microfilme ou qualquer outro meio magnético ou óptico.

A alienação fiduciária, é um direito real de garantia clássica, como a hipoteca e o penhor. A alienação fiduciária é muito usada na aquisição de automóveis ou máquinas semelhantes com reserva de domínio.

A alienação fiduciária de acordo com a relação do artigo 1361 do código civil é o contrato pelo qual o devedor fiduciante transfere ao credor fiduciário a propriedade Resolúvel do bem móvel para garantir o pagamento da dívida contraída,

²³ CATALAN. Marcos. **Registro em cartório do Contrato de Alienação fiduciária de carro não oferece para transferir bem.** 13/04/2008. Disponível em: mjcatalan-blogspot.com/2008/04_registro-em-cartorio-do-contrato-de HTML.

tendo o devedor a total condição de recuperar o bem transferido, logo abaixo temos um exemplo que explica como é um contrato de alienação fiduciária de veículos :

Jose precisa comprar um carro, mas não tem dinheiro. Procura então, um banco empresta o dinheiro, Jose assim vai à loja e compra o carro e transfere a posse indireta e a propriedade resolúvel do carro para o banco, enquanto Jose fica com a posse direta, de acordo com o artigo 1361º dono do carro e o banco, mas propriedade e resolúvel, ou seja, a propriedade do banco será resolvida extinta quando Jose pagar todas as prestações. A propriedade só se transfere ao credor para fins de garantia com o implemento da condição do pagamento da dívida , assim o domínio do credor se resolve , durante todos esses meses e anos de pagamento Jose pode usar o carro , pois tem sua posse direta , mas se Jose não pagar as prestações o banco vai tomar o carro , afinal o carro é de propriedade do credor.²⁴

Esta aquisição transfere o credor à mera ficção jurídica, mas não ocorre na prática. Na verdade nas lojas de automóveis já existem as financeiras exemplo; banco Fiat, banco Gm, em estas financeiras para que o credor possa possuir o bem só basta ter o nome limpo, um bom contra cheque, para adquirir o prazo mediante alienação fiduciária. À alienação fiduciária trata-se de um direito real na garantia da coisa alheia do devedor. Esta não é a única controvérsia da alienação fiduciária que se desenvolveu no final da década de 1960, foi publicado em 1969 o decreto Lei 911, hoje ele está incorporado no novo código civil, cuja sua redação agradou aos bancos e foi alvo de críticas das doutrinas, por ele oferecer mais preferência ao credor, isto significa que quando o devedor está desprotegido, ele desestimula o credor a emprestar, sendo assim, a economia não cresce e nem funciona.

²⁴ MENEZES, Rafael. Alienação fiduciária 2008. Disponível em: <<http://www.rafaeldemenezes.adv.br/reaiscoisa/aula17.htm>.> Acesso em : 16 nov. 2011

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico tem por finalidade demonstrar a controvérsia do artigo 1361 nos contratos de alienação fiduciária. O estudo realizado teve seu início e base na hipótese: garantia jurídica de que o devedor alienante não seja privado de sua liberdade devido à equiparação ao depositário infiel, nos casos de descumprimento de obrigação contratual.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º LXVII, proíbe a aplicação da prisão civil por dívida, permitindo apenas duas exceções. Uma das exceções permitidas é a prisão do depositário infiel, ou seja, aquela pessoa que recebe o bem em sua confiança para guardar e devolver ao final ao seu proprietário, não podendo outro devedor ser equiparado ao depositário.

O devedor, nos contratos de alienação fiduciária em garantia, não é um depositário, haja visto que, em nenhum momento, a ele se atribui o bem para o exercício de um dever de restituição quando exigido pelo credor fiduciário.

Com o advento dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos no ordenamento pátrio tornou – se inconcebível a prisão civil do depositário infiel no geral, quanto mais permitir a aplicação da privação da liberdade do devedor em decorrência de uma ficção jurídica, que é a equiparação do devedor alienante ao depositário típico previsto no texto constitucional.

Após a abordagem de vários assuntos em torno da alienação fiduciária e o cabimento da prisão civil do devedor alienante constatou – se que a prisão civil neste caso é um retrocesso jurídico, que fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a liberdade do indivíduo.

Diante de tudo que foi demonstrado, conclui – se que a prisão do devedor civil por dívidas infiel é inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Andreia de Moraes. **A alienação fiduciária após o advento da Lei nº 10.406/02 (novo código Civil) e da Lei nº 10.931/04.**

Disponível em: W.W.W.escriitoroonline.com/webneus. Acesso em: 05 nov. 2011.

ANGHER, Anne Joyce. *Vadmeccum acadêmico de Direito*. 7.ed. São Paulo: Rideel, 2009

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO E ((DETRAN) DEPARTAMENTO TRÂNSITO) DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO/RJ: recurso extraordinário. Art. 1.361 do código civil de 2002: apresentação. Rio de Janeiro, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Editora Renovar, 2009.

CATALAN. Marcos. **Registro em cartório do Contrato de Alienação fiduciária de carro não oferece para transferir bem**. 13/04/2008. Disponível em: mjcatalan.blogspot.com/2008/04/registro-em-cartorio-do-contrato-de HTML.

COSTA, Wellington da. **Obrigatoriedade de Registro de Contratos**. Março/2011.

Disponível em:

www.fiduciadocumentos.com.br/2011/index.PHP/category/legis/ação/artigos

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** v. 4, 17. ed. São Paulo Saraiva 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 19. edição. São Paulo : Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 26. edição. São Paulo : Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil** v.4. 19. ed atual São Paulo Saraiva 2002.

_____. **Direito civil**, v. 5, 27. ed atual, São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. **Direito civil** v. 7, 25. ed atual, São Paulo Saraiva 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Direito Reais**. Teoria Geral. 6. edição. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2007.

FIGUEIREDO, Antônio Carlos. **Legislação Brasileira**. São Paulo, 2002.

FRAN, Martins. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 16. edição. São Paulo: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 7. edição. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUIZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo, Saraiva, 2002.

MENEZES, Rafael. Alienação fiduciária 2008.

Disponível em: <<http://www.rafaeldemenezes.adv.br/reaiscoisa/aula17.htm>.> Acesso em : 16 nov. 2011

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira.

REALE, Miguel, **Código de Trânsito Brasileiro**. São Paulo, Saraiva.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** v- 32. ed. Atual São Paulo Saraiva 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Novo código Civil**. São Paulo, Atlas, 2002.