

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO V – NÚMERO IX

2º SEMESTRE 2019

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO V, Nº IX, 2º SEM. 2019



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@juruia.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação

ANO V – NÚMERO IX

2º SEMESTRE 2019

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2019

Instruções aos Autores

Revista Internacional CONSINTER de Direito

1. DAS PUBLICAÇÕES

Para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria.

O enquadramento dos textos avaliados e aprovados para fins de publicação na Europa pelo Editorial Juruá Lda., e no Brasil pela Juruá Editora Ltda., obedecerão aos seguintes critérios:

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO

Conforme as exigências das agências e instituições nacionais e internacionais de investigação e docência que avaliam a atividade acadêmica e investigadora das Pós-Graduações, a Coordenação Executiva do CONSINTER, ao seu melhor juízo, selecionará uma determinada quantidade de artigos aprovados que serão agraciados com a Publicação no Periódico “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, com ISSN de Portugal. Ainda:

- a) Para cada artigo selecionado para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, será atribuído um número de registro específico e único no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*);
- b) Também será atribuído um registro no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*) para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

OBS. 1: Em face das normas técnicas, para fins de qualificação do periódico, somente poderão ser selecionados para a Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos aprovados nos quais pelo menos um dos autores e/ou autor tenha a titulação de Doutor.

OBS. 2: Ficará a critério do Comitê Organizador a indicação e o número da Revista em que o artigo aprovado será liberado para publicação.

2. PERIODICIDADE

Semestral.

3. CONDIÇÕES

- a) A submissão do trabalho científico para análise está condicionada à confirmação da inscrição de todos os autores e coautores;
- b) Somente serão publicados os artigos aprovados pelo Corpo de Pareceristas/Conselho Editorial do CONSINTER.

4. DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS PARA SUBMISSÃO

- a) Inscrição;
- b) Comprovante de pagamento da submissão/inscrição;
- c) Cessão de direitos autorais assinada;
- d) Artigo completo seguindo as orientações do item 5;
- e) O artigo deverá ser encaminhado por um dos autores ao e-mail contato@consinter.org.

5. NORMAS — OS ARTIGOS ENVIADOS DEVEM CUMPRIR OS SEGUINTE CRITÉRIOS:

- a) Ser inédito (não publicado em livros, revistas especializadas ou na imprensa em geral) e apresentar propriedade técnico-jurídica; relevância nacional e internacional do tema abordado, fluência redacional, correção gramatical e respeito a aspectos éticos e científicos;
Obs.: Textos inseridos em documentos de circulação restrita nas universidades serão considerados inéditos.
- b) Ter sido produzido por Estudantes e/ou Professores de Pós-graduação *Lato Sensu* e/ou *Stricto Sensu* ou por Mestres, Doutores e Pós-Doutores;
- c) Serão aceitos trabalhos em coautoria, com limitação máxima de 03 (três) participantes devidamente inscritos;
- d) O artigo deverá estar identificado com um dos critérios de classificação conforme edital;
- e) O(s) autor(es) que submeter(em) o mesmo artigo científico (com o mesmo título e conteúdo ou apenas mudando o título) para mais de um dos ramos do Direito acima indicados terão ambos os artigos científicos automaticamente eliminados da avaliação;
- f) Conter no mínimo 15 páginas, e no máximo 25 páginas;
- g) Ser redigido em formato Word em dois arquivos distintos, um com e outro sem identificação, ambos completos, contendo: Título em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa; Sumário; Resumo e Palavras-chave em língua portuguesa ou espanhola e inglesa, respeitando as normas técnicas;
- h) Para o arquivo sem identificação é importante o autor certificar-se que no conteúdo do artigo a ser avaliado não conste nenhuma informação que possibilite a identificação do autor ou o Instituto ao qual esteja vinculado direta ou indiretamente;
- i) O artigo poderá ser apresentado em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa, observando que o título, resumo e palavras-chave precisam, obrigatoriamente, estar indicados em dois idiomas, sendo peremptoriamente uma indicação no idioma inglês;
- j) O texto deve estar salvo em arquivo Word, em versão recente, com as seguintes características: fonte Times New Roman; corpo 12; alinhamento justificado, sem separação de sílabas; espaço de 1,5 entrelinhas; parágrafo de 1,5 cm; não colocar espaçamentos especiais antes ou após cada parágrafo; margens superior e esquerda com 3 cm, inferior e direita com 2 cm; em papel tamanho A4; notas de rodapé explicativas na mesma página em que for citada a referência, sendo que as Referências deverão seguir as Normas Técnicas;
- k) As páginas deverão estar numeradas;
- l) Para cada título, subtítulos, todos alinhados à esquerda, deverá haver um texto correspondente;
- m) Devem ser escritos de forma clara e objetiva, evitando-se parágrafos prolixos ou extenuantes e privilegiando as orações na ordem direta como: sujeito – predicado – complemento;
- n) Não serão aceitos textos com figuras, ilustrações e/ou fotografias, à exceção de gráficos e tabelas que sejam imprescindíveis para a compreensão do trabalho e compatíveis com a impressão em preto e branco, sendo vedada a utilização de gráficos e tabelas se originarem de terceiros;

- o) Conter Resumo (entre 100 e 250 palavras) em língua portuguesa ou espanhola e em inglês, assim como a indicação de Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras) também em português ou espanhol e inglês;
- p) Conter: Sumário a ser indicado na sequência da apresentação do Título, Resumo (entre 100 e 250 palavras – peremptoriamente com 02 idiomas), sendo um em Língua portuguesa ou espanhola e outro necessariamente em inglês, assim como a indicação das Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras), obedecendo o mesmo critério de apresentação do Resumo;
- q) O texto deve obrigatoriamente vir acompanhado do termo de autorização para publicação – cessão de Direitos Autorais/Patrimoniais – conforme modelo anexo e/ou disponível no *site*;
- r) A qualificação do autor deverá ter no máximo 4 linhas, em nota especial de rodapé, indicando obrigatoriamente a formação acadêmica e citando a Instituição de Ensino Superior à qual esteja vinculado, quando for o caso;
- s) A taxa de inscrição é individual e única para cada autor. Assim, cada autor deverá efetuar a sua inscrição e o pagamento da respectiva taxa;
- t) Um autor poderá enviar quantos artigos desejar, no entanto, para cada artigo submetido deve haver o pagamento da taxa de inscrição/submissão;
- u) Observando as normas de qualificação, somente poderá ser liberado para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito um artigo por autor. Em caso de aprovação de dois ou mais artigos do mesmo autor para a Revista, ao melhor juízo da comissão avaliadora, os demais artigos serão direcionados para publicação no Livro Direito e Justiça ou para o(s) próximo(s) número(s) da Revista.

6. DOS SISTEMAS PARA A INDICAÇÃO DAS FONTES DAS CITAÇÕES

Para a indicação das fontes das citações, os artigos deverão adotar os sistemas:

I) Trabalhos Estrangeiros:

Trabalhos estrangeiros poderão utilizar as normas técnicas compatíveis com o seu país de origem, respeitando as normas de publicação dispostas nesse edital, inclusive o Estilo Chicago se assim o autor entender cabível e adequado.

Estilo Chicago:

Último nome do autor, primeiro nome, título do livro. (Cidade: editora, ano), versão. Por exemplo: Ninguém, José, Livro Exemplo. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

II) Trabalhos Brasileiros:

Para artigos brasileiros recomenda-se seguir as Regras da ABNT (NBR 10.520/2002) para as citações, as quais podem ser diretas ou indiretas.

Para a indicação da fonte das citações, o autor poderá optar pelo sistema numérico (notas de rodapé) ou pelo sistema autor-data, não podendo, portanto, utilizar os dois sistemas concomitantemente.

A – Sistema Autor-Data

As Referências deverão seguir a NBR 6.023/2002.

No sistema autor-data, a fonte da citação é indicada junto à mesma e de forma sucinta. Devem ser evidenciados apenas: a autoria, o ano de publicação e a página do trecho citado.

Obs.: Se a opção for pelo sistema Autor-Data, pode-se utilizar o rodapé para as notas explicativas, conforme assim autoriza a NBR 6.022/2003.

B – Sistema em Notas de Rodapé

Ainda, adotando o sistema brasileiro de referência, se a opção de citação das referências for pelo sistema numérico, ou seja, **em notas de rodapé**, estas deverão seguir a NBR 10.520/2002.

7. DA AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Os artigos científicos serão analisados pelo Corpo de Pareceristas do CONSINTER, formado somente por renomados juristas Doutores e Pós-Doutores, nacionais e estrangeiros especialmente convidados.

Os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria. A apreciação inominada dos artigos científicos afiança a imparcialidade do seu julgamento, diminui a subjetividade e as preferências ideológicas. Dessa forma, o autor deverá evitar referências diretas a si mesmo e citações que possibilitem extrair da leitura do texto a sua autoria.

Em caso de admissão do artigo científico por um dos Pareceristas do CONSINTER e reprovação por outro, o texto, ao melhor alvitre do conselho diretivo, poderá ser submetido à apreciação de um terceiro Parecerista.

- a) O conteúdo dos artigos científicos é de inteira responsabilidade dos autores e após submetido para avaliação não poderá sofrer qualquer substituição ou alteração, salvo solicitação do Corpo de Pareceristas;
- b) Não é permitido plágio ou inserção de cópias literais.

CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO

Coordenação Executiva contato@consinter.org

www.consinter.org

INDEXADORES DA REVISTA:

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

Instructions To Authors

1. ABOUT THE PUBLICATIONS

For publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito, the scientific articles shall be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER Referees shall evaluate the papers without any author identification.

The framework of the evaluated and accepted articles for the purpose of publication in Europe by the Editorial Juruá Lda., and in Brazil by Juruá Ltda, will follow the following criteria:

1. FOR THE JOURNAL “REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO”

According to the requirements of national and international agencies of investigation and teaching that evaluate the investigative and academic activity of Post-Graduation, the CONSINTER Executive Coordination, at the best of their judgment, will select a certain amount of articles approved that will be awarded with the Publication in the Journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, with ISSN from Portugal. Also:

- a) For each article selected for the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, a number of the specific and unique register in the DOI (Digital Object Identifier) system will be assigned;
- b) A register in the DOI (Digital Object Identifier) system will also be assigned to the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

NOTE 1: In the face of the technical rules, for the purpose of qualification of the journal, only the articles approved in which a least one of the authors and/or author has a doctorate degree will be selected for the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito”. The articles properly approved that do not fulfill this requirement will be published in the Book of CONSINTER.

NOTE 2: The Organizing Committee will be in charge of the nomination and the issue of the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito” in which the approved article will be authorized for publication.

2. PERIODICITY

Half-yearly

3. REQUIREMENTS

- a) The submission of the scientific work for analysis is conditioned to the confirmation of subscriptions of all authors and co-authors;
- b) Only articles approved by CONSINTER Referees Board/Editorial Board will be published.

4. REQUIRED DOCUMENTS FOR SUBMISSION

- a) Registration;
- b) Proof of payment of the Submission/registration;
- c) Assignment of copyrights signed;
- d) Full Article following the guidelines of item 5;
- e) The articles must be forwarded by one of the authors by e-mail contato@consinter.org

5. RULES — THE ARTICLES SENT MUST FULFILL THE FOLLOWING CRITERIA:

- a) Be original (not published in books, specialized journals or in the press in general) and present technical-legal property; national and international relevance of the theme approached, wording fluency, grammar correction, and respect to the ethical and scientific aspects;

Note: The texts inserted in documents of restrict circulation at universities will be considered original.

- b) Have been produced by students and/or professors of Lato Sensu and/or Stricto Sensu Post Graduation courses, or by Masters, Doctors, and Post-Doctors;
- c) Works in co-authorship will be accepted, up to the maximum of 3 participants properly registered;
- d) Be identified with one of the criteria of classification to be informed in public notice;
- e) The author (s) that submit the same scientific article (with the same title and content or only having the title changed) for more than one of the fields of Law above mentioned, will have both scientific articles automatically eliminated from the evaluation;
- f) Have a minimum of 15 pages, and a maximum of 25 pages;
- g) Be submitted in Word format in two distinct files, one with and the other without identification, both complete, containing: Title, Summary, Abstract and Keywords in Portuguese, Spanish, English, Italian or French; in Portuguese or Spanish and in English, respecting the technical rules;
- h) For the file without identification it is important for the author to make sure that, in the content of the article to be evaluated, there is no information that makes it possible to identify the author or the Institution they are directly or indirectly bound to;
- i) The article can be presented in Portuguese, Spanish, English, Italian, or French, observing that the title, abstract and keywords have to be written in two languages compulsorily, being one of them, peremptorily, English;
- j) The text must be saved in a word file, in a recent version, with the following characteristics: Times New Roman font, size 12; justified alignment, without hyphenation; 1.5 spacing between lines; 1.5 cm paragraph spacing; do not insert special spacing before or after each paragraph; top and left margins with 3 cm, bottom and right margins with 2 cm; A4 size document; explanatory footnotes on the same page the reference is cited, and the references must follow the technical rules;
- k) The pages must be numbered;
- l) For every title, subtitle, all of them aligned on the left, there must be a corresponding text;
- m) The text must be written in a clear and objective way, avoiding long-winded and strenuous paragraphs, giving priority to sentences in the direct order, such as subject-predicate – complement;
- n) Texts with figures, illustrations and/or photographs will not be accepted, except for graphs and tables which are indispensable for the understanding of the work, and compatible with black and white printing, being prohibited the use of graphs and tables if originated from a third party;

- o) It must contain an Abstract (between 100 and 250 words in Portuguese or Spanish and in English, as well as the Keywords (between 3 and 10 words), also in Portuguese or Spanish and in English;
- p) It must contain: a Summary to be indicated in the sequence of the presentation of the title, Abstract (between 100 and 250 words, peremptorily in 02 languages, being one of them in Portuguese or Spanish and the other in English, just as the Keywords (between 3 and 10 words), in accordance with the same criterion of the presentation of the Abstract;
- q) The text must be accompanied by the copyright form – according to the model attachment and/or available on the site;
- r) The author's qualification must have a maximum of 4 lines, in a special footnote, indicating their academic background and citing the Higher Education Institution which they are bound to if that is the case;
- s) Observing that CONSINTER is a non-profit organization, the submission/registration rate subsidize the articles' publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito. Submission/registration fee is individual and unique to each author. Therefore, each author must achieve the registration and make the payment of the respective fee. For example: For article submission in co-authorship with 02 authors – it will be mandatory the registration of the two authors and payment of 02 submission fees;
- t) An author may submit as many articles as he pleases, however, for each submitted article there must be made the respective submission/registration fee payment;
- u) Observing the qualification standards, only one article per author will be authorized for publication on the Revista Internacional CONSINTER de Direito. In case of one or more articles of the same author have been approved for publication on the Journal, to the better judgment of the evaluation commission, the other papers will be guided for publication on the Book Direito e Justiça or for future edition(s) of the Journal.

6. ABOUT THE SYSTEMS TO INDICATE THE SOURCES OF CITATIONS

To indicate the sources of citations, the articles must adopt the systems:

I) For Foreign Work:

Foreign works can use the same technical rules compatible with their country of origin, respecting the publication rules displayed in this notice, including the Chicago style, if the author finds it applicable and appropriate.

Chicago Style:

Author's last name, first name, title of the book. (City: Publisher, year), version. Example: Someone, José, book example. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

II) For Brazilian Works

For Brazilian articles, it is recommended to follow the ABNT rules (NBR 10520/2002) for the citations, which can be direct or indirect, by Author-Date or in Footnotes.

For citation source's indication, the author may choose the number system (footnotes) or by the author-date system, therefore he/she cannot choose to use both concomitantly.

A – Author-Date System

The references must follow NBR 6023/2002.

In the author-date system, the source of citations is indicated alongside with it and in summary form; Point out, only: authorship, publication year and page of the piece cited.

Note: If the choice is the Author-Date system, explanatory notes can be used as footnotes, as authorized by NBR 6022/2003.

B – Number System (Footnotes)

Still, adopting the Brazilian System of references, if the choice of citation of references is by the number system, or else, in footnotes, they should follow NBR 10520 /2002.

7. ABOUT THE ARTICLE REVIEW

The scientific articles are analyzed by the CONSINTER Referees Board/Editorial Board, formed only by renowned Doctors and Post-Doctors, jurists, Brazilian and foreigners, especially invited. The scientific articles will be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER members of the board will evaluate the works without any authorship identification. The assessment of scientific articles by anonymous authors guarantees the impartiality of judgment and decreases subjectivity and ideological preferences. This way, authors must avoid direct references to themselves and citations that make it possible to extract its authorship from the reading of the text.

If the scientific article is accepted by one of the CONSINTER members and failed by another, the text, at the suggestion by the Director Council, can be subjected to the assessment by a third party.

- a) The content of the scientific articles is the authors' full responsibility, and after subjected to assessment cannot go through any changes or replacements, except if requested by the Referees Board/Editorial Board;
- b) Plagiarism or the insertion of verbatim copies are not allowed.

INTERNATIONAL COUNCIL OF CONTEMPORARY IN POST-GRADUATE STUDIES CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO

Executive Coordination contato@consinter.org

INDEXERS

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

COLABORADORES

Adelgício de Barros Correia Sobrinho
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Adriano Fernandes Ferreira
Alcir Gursen de Miranda
Alessandra Balestieri
Alexandre de Albuquerque Sá
Almir Santos Reis Junior
Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Ana Lúcia Seifriz Badia
Andrei de Oliveira Rech
Bruno Miragem
Carlos Francisco Molina del Pozo
Carlos José Cordeiro
Carlos Roberto Bacila
Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho
Daniel Blume Pereira de Almeida
Daniela Carvalho Almeida da Costa
Edimur Ferreira de Faria
Edna Raquel Hogemann
Eugênio Facchini Neto
Euvaldo Leal de Melo Neto
Fabiana Oliveira Bastos de Castro
Fabiana Ricardo Molina
Fábio Lins de Lessa Carvalho
Felipe Azzi Assis de Melo
Felipe Dutra Asensi
Fernanda Alves Vieira
Fernando Massardo
Fernando Rodrigues Martins
Glauca Maria de Araújo Ribeiro
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Inês da Trindade Chaves de Melo
Isaac Sabbá Guimarães
Jaume Martí Miravalls

José María Lombardero Martín
José María Tovillas Morán
Josiane Becker
Judith Morales Barceló
Karina A. Denicol
Karine Silva Demoliner
Laís Alves Camargos
Leonardo David Quintiliano
Luciana Kellen Santos Pereira Guedes
Luis Bahamonde Falcón
Luiz Carlos Figueira de Melo
Marcus Elidius Michelli de Almeida
María Ángeles Pérez Marín
María Soledad Racet Morciego
Mário Luiz Ramidoff
Mayrinkellison Peres Wanderley
Miguel Horvath Júnior
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nancy de la C. Ojeda Rodríguez
Nicola Frascati Junior
Nilton Cesar da Silva Flores
Patrícia Fortes Attademo Ferreira
Paulo J. S. Bittencourt
Raphael Corrêa
Renata Martins de Carvalho
Renato Lopes Becho
Roberta Soares da Silva
Rogério Medeiros Garcia de Lima
Themis Eloana Barrio Alves G. de Miranda
Theodoro Vicente Agostinho
Thiago Serrano Pinheiro de Souza
Vânia Maria do P. S. Marques Marinho
Vitor Hugo Mota de Menezes
Wagner Balera

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona.

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridad Social da Universitat de Barcelona.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

LEGAL REGIME APPLICABLE FOR FIDUCIARY COLLATERAL AGREEMENTS

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.34

Recebido 23.04.2019 / Aprovado 19.06.2019

*Marcus Elidius Michelli de Almeida*¹ – <https://orcid.org/0000-0001-7185-6808>

E-mail: adv_elidius@uol.com.br

*Fabiana Ricardo Molina*² – <https://orcid.org/0000-0001-6103-1159>

E-mail: fabimolina@hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre o contrato de alienação fiduciária que recai sobre bens móveis e imóveis, sua natureza jurídica, partes, requisitos objetivos, subjetivos e formais, distinguindo-o de outros institutos, tais como a hipoteca e o penhor. Pretende-se estudar as consequências do inadimplemento de contratos dessa natureza, bem como as questões controvertidas que envolvem essa modalidade contratual, como a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, os efeitos da falência do devedor e do contrato de locação, para os casos em que o bem locado é objeto de alienação fiduciária. São discutidas, ainda, as vantagens que tal modalidade contratual apresenta, sob o ponto de vista do credor fiduciário, especialmente no que tange à agilidade na consolidação da propriedade, em caso de inadimplemento do devedor.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária. Propriedade Fiduciária. Direito real em garantia. Financiamento. Aquisição de bem móvel ou imóvel. Colateral.

Abstract: The purpose of this article is to describe the fiduciary collateral agreements, involving movable assets or real state, analyzing its legal nature, parts, objective, subjective and formal requirements, distinguishing it from other institutes, such as the mortgage and the pledge. It is intended to study the consequences of default under this agreements, as well as the controversial issues related to this contractual modality, such as the applicability of the Brazilian Consumer Protection Code, the effects of the debtor's bankruptcy and the lease agreement, in cases where the asset leased is subject to fiduciary alienation. Additionally, this article intends to discuss the advantages of the general fiduciary collaterals, considering the fiduciary

¹ Doutor, Mestre e graduado em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Assistente Doutor das turmas de Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador da Especialização em Direito Empresarial e Conselheiro do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da PUC-SP. Leciona, ainda, em cursos de pós-graduação de diversas instituições no Brasil.

² Mestranda em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do primeiro autor. Especialista em Direito Societário pelo Instituto de Ensino e Pesquisa, Insper. Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

creditor point of view, especially the possibility of extrajudicial foreclosure of the collateral, in case of debtors' default.

Keywords: Fiduciary Alienation. Fiduciary Property. Security interest. Financing. Acquisition of movable or immovable property. Collateral.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O primeiro capítulo deste trabalho pretende conceituar o negócio fiduciário, cerne da alienação fiduciária de nossos dias, nos sistemas romano, germânico e anglo-saxão. Com base nos conceitos de fidejussão e garantia, que permeiam esses institutos, apresenta-se o negócio fiduciário no direito brasileiro, bem como o contexto histórico que permeou o surgimento da figura da alienação fiduciária no Brasil e, mais recentemente, a inclusão da propriedade imóvel como objeto dos contratos dessa natureza.

No capítulo seguinte, passa-se a uma breve exposição sobre o conceito de alienação fiduciária segundo o entendimento de doutrinadores brasileiros, para então concluir qual, dentre tais conceitos, mais se aplica à realidade atual. Na sequência, apresenta-se a natureza jurídica do negócio jurídico em questão, fazendo-se a distinção entre o regime jurídico da alienação fiduciária de bem móvel e imóvel, que dispõe de regramento legal próprio.

A partir de então, passa-se à exposição dos requisitos objetivos, subjetivos e formais da alienação fiduciária em garantia, partindo para os direitos e deveres das partes que o compõem, o credor fiduciário e o devedor fiduciante, com base na relação subjacente ao contrato, consistente no financiamento. Em continuidade, são apresentadas as consequências do inadimplemento das parcelas que deveriam ser quitadas pelo devedor fiduciante, consistentes nas principais ações judiciais a serem propostas para ver-se o credor satisfeito e, por fim, as formas de extinção do contrato.

No capítulo final, distingue-se a alienação fiduciária de outros institutos com os quais a modalidade possui certa similitude – sendo demonstrada, porém, que sua natureza é completamente diversa do penhor e da hipoteca e que, sob o ponto de vista do credor fiduciário, a modalidade apresenta vantagens, concernentes na agilidade para consolidação da propriedade, em caso de inadimplemento. A partir de então, são discutidas questões controvertidas acerca da alienação fiduciária, que consistem na aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a contratos dessa natureza, bem como nos efeitos da falência e do contrato de locação em vigor quando o bem é fiduciariamente alienado. São apresentadas, por fim, decisões recentes dos tribunais, no que tange à modalidade contratual estudada.

2 NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

O negócio fiduciário tem seu fundamento na noção de fidejussão, confiança. A fidejussão é o contrato pelo qual uma das partes, recebendo a outra bens móveis ou imóveis, assume o encargo de administrá-los, em proveito de terceiros. Segundo Maria Helena Diniz³, o negócio fiduciário seria o ato pelo qual se realizaria a trans-

³ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 83.

missão de uma coisa ou direito a um terceiro, estabelecendo-se a obrigação do adquirente devolver-lhe, alcançado determinado fim.

A alienação fiduciária é uma espécie de negócio fiduciário, que deriva de tal instituto e foi positivada no direito brasileiro. Para compreender a alienação fiduciária tal qual ela se apresenta no Brasil na atualidade, inicia-se o estudo por meio da comparação do instituto da forma como ele se materializou nos sistemas jurídicos romano, germânico e anglo-saxão, como se verá a seguir.

2.1 Sistema Jurídico Romano

Antes de iniciar o estudo da alienação fiduciária propriamente dita, é necessário remontar aos conceitos de fúducia e de negócio fiduciário, ambos inicialmente aplicados no Direito Romano.

A fúducia, em Roma consistia na transferência de determinado bem a terceiro, com a finalidade de preservação do patrimônio (*fiducia cum amico*) ou a um credor, para garantia de pagamento de uma dívida (*fiducia cum creditore*). Em ambos os casos, era estabelecido um acordo por meio do qual o bem deveria retornar ao proprietário originário tão logo cumpridas determinadas condições⁴. O grande objetivo dessa espécie negocial era excluir do patrimônio do fiduciante determinados bens, durante certo período em que houvesse adversidades, como no caso das guerras, em que podia haver o perdimento dos bens dos perdedores, ou no caso de longas viagens, em que o fiduciante necessitava da guarda de seus bens em sua ausência. Em ambos os casos, o fiduciante se valia da confiança que depositava no fiduciário, motivo pelo qual essa modalidade era conhecida como *fiducia cum amico*. Com o tempo, o bem transferido passou a ser utilizado como garantia do cumprimento de uma obrigação, ou seja, a devolução do crédito disponibilizado pelo fiduciante ao fiduciário; nessa modalidade, verifica-se uma maior presença do crédito como motivador do negócio, com a confiança sendo relegada a segundo plano.

O contrato de alienação fiduciária, nos termos acima mencionados, surge com a Lei das XII Tábuas e tem como fundamentos, como mencionado, a honestidade e a confiança; como sanção, apenas a consciência⁵. Até o fim da república romana, o *pactum fiduciae* era um pacto desprovido de *actio*, ou seja, *nudum pactum*, de modo que cabia ao fiduciante confiar na *fides* do fiduciário, que devia devolver-lhe a *res* baseado em sua própria consciência, na medida em que não havia ação para tal fim, qual seja, a devolução, a *remancipare*⁶.

Com maior proximidade do fim da república, surgem duas ações relacionadas aos negócios fiduciários: a *actio fiduciae directa*, que podia ser proposta pelo fiduciante para compelir o fiduciário a devolver-lhe a *res*, ou dar-lhe o destino combinado e a *actio fiduciae contraria*, que podia ser proposta pelo fiduciário contra o fiduciante, para compeli-lo a cumprir com suas obrigações⁷.

⁴ NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel**: uma análise comparada. 156 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 2010. p. 2-3.

⁵ LIMA, Otto de Souza. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962. p. 6-9.

⁶ SANTOS, Maria Luiza Werneck. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 138f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 1988. p. 8.

⁷ SANTOS, Maria Luiza Werneck. *Op. cit.*, p. 9.

Vale notar que a *actio fiduciae directa* possuía caráter pessoal, ou seja, sua resolução dava-se em perdas de danos e não pela devolução da *res*.

Os negócios fiduciários tiveram grande utilização na era clássica romana. Não foram incluídos nas *Institutas* de Gaio porque eram utilizados, principalmente, como garantia⁸. Contudo, já haviam sido abolidos à época de Justiniano, não constando em suas *Institutas*⁹.

2.1.1 *Fiducia cum amico*

Segundo Maria Helena Diniz¹⁰, a *fiducia cum amico* consistia em um contrato de confiança, não de garantia, em que havia a transferência de bens a uma pessoa de confiança, para que lhes fossem restituídos após um determinado período, como, por exemplo, uma viagem, ou quando cessassem determinados riscos. Assim, o objetivo dessa espécie contratual era evitar o perecimento de determinada coisa, sem qualquer correlação com a garantia de determinado crédito.

Nessa modalidade, a alienação fiduciária assemelhava-se ao comodato (*commodatum*) ou ao depósito (*depositum*), na medida em que o proprietário alienava um bem a amigo, já convencionada a sua restituição, como, por exemplo, no caso de uma guerra, em que o perdedor podia ver seus bens confiscados e, utilizando-se desta alienação, prevenia-se de perdê-los.

2.1.2 *Fiducia cum creditore*

Ao contrário da modalidade anterior, a *fiducia cum creditore* tem caráter securatório, ou seja, de garantia. Assim, poderia o devedor recuperar sua coisa, se saldasse sua dívida para com o credor. Por meio dessa modalidade contratual, transferia-se a propriedade dos bens (impedindo que eles fossem novamente dados em garantia), por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, com a obrigação de devolução, através do *pactum fiduciae*¹¹.

Neste caso, com a satisfação do débito, cabe ao credor o dever de restituir o bem, do qual possui a propriedade plena. Trata-se do cumprimento do *pactum fiduciae*. Contudo, como anteriormente explicitado, eventual descumprimento a tal avença gera a obrigação de indenizar e não a restituição da coisa.

2.2 Sistema Jurídico Germânico

A fidúcia no sistema jurídico germânico possui certas semelhanças com a utilizada no direito romano, como também uma série de diferenças. Segundo Maria Helena Diniz¹², no direito germânico, tratava-se do ato pelo qual o fiduciário recebia a titularidade de um direito do fiduciante, o qual devia restitui-lo em certos casos.

⁸ NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada**. 156 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 2010. p. 9.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 79.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ CARVALHO, Maria Serina Areias de. **Propriedade fiduciária: bens móveis e imóveis**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Acesso em: 14 de out. 2018, p. 14-16.

¹² DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 80.

Dentre as diferenças com o direito romano, destaca-se a figura dos intermediários, denominados *manusfidelis* (também chamado *nusfidelis*) e *salmann*. No primeiro caso, cabia ao *manusfidelis* realizar a *donatio pro anima*. Já ao *salmann*, cabia a efetiva transferência do bem ao terceiro e, em função mais recente, a tutela patrimonial¹³.

Ademais, na fidúcia germânica, o bem era dado em garantia até que se cumprisse determinada condição resolutiva, que demandava o imediato retorno da propriedade para o antigo proprietário. Assim, o direito transferido pelo fiduciante ao fiduciário não é limitado pelo *pactum fiduciae*, mas sim por condição resolutiva, sendo esta a principal diferença com o direito romano¹⁴.

2.3 Sistema Jurídico Anglo-Saxônico

No direito inglês, o negócio jurídico fiduciário possui características próprias. Isto porque, no instituto denominado *mortgage*, que previa a transmissão da propriedade para garantia, com o cumprimento de determinadas condições resolutivas, a propriedade deveria ser automaticamente devolvida.

Gustavo Scudeler Negrato¹⁵, citando Philip H. Petit, o conceitua como o *negócio jurídico pelo qual uma pessoa, chamada de trustee, compromete-se a administrar bens sobre os quais tem controle, que são chamados bens dados em trust, seja em benefício do proprietário, denominado de settlor, de si mesmo ou outras pessoas (...)*.

Nesse contexto, o negócio fiduciário assume outra forma, por meio da qual o fiduciante (*settlor*) transfere seus bens ao fiduciário (*trustee*) para que este os administre como se fossem seus. Nesse caso, a propriedade fiduciária é transmitida, mas não é adicionada ao patrimônio do *trustee*, permanecendo como parte de um patrimônio de afetação.

2.4 Negócio Fiduciário no Direito Brasileiro

Segundo Orlando Gomes¹⁶, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição.

Como se verá nos itens a seguir, a alienação fiduciária pode recair, na atualidade, sobre bens móveis e imóveis, com regimes jurídicos diferenciados no que tange à sua constituição. Contudo, os conceitos de alienação fiduciária derivam, sobremaneira, do conceito de propriedade fiduciária, fundamental para esse negócio.

Nesse sentido, os arts. 1.361 a 1.368 do Código Civil Brasileiro disciplinam a propriedade fiduciária e, conseqüentemente, o desdobramento da posse, que permite que o devedor detenha a posse direta da coisa¹⁷ e o credor sua propriedade fiduciária.

¹³ NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada**. 156 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 2010. p. 23.

¹⁴ SANTOS, Maria Luiza Werneck. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 138f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 1988. p. 21.

¹⁵ NEGRATO, Gustavo Scudeler. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1972. p. 18.

¹⁷ “§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa”.

3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

3.1 Conceito

Carlos Alberto Bittar¹⁸ preceitua que *a alienação fiduciária representa venda em garantia do bem financiado, por meio do qual passam as partes a desfrutar de situação jurídica peculiar, que a legislação lhes confere.*

Fran Martins¹⁹, a seu turno, entende que a alienação fiduciária em garantia consiste na operação em que, *recebendo alguém financiamento para a aquisição de bem móvel durável, aliena esse bem ao financiador, em garantia do pagamento da dívida contraída.*

Fábio Ulhoa Coelho²⁰ complementa os conceitos acima ao afirmar que a alienação fiduciária é um contrato-meio, que instrumentaliza outros contratos como o mútuo. Afirma, outrossim, que a alienação se dá em forma de fidúcia, na medida em que o devedor fiduciante mantém a posse direta do bem e o credor fiduciário a posse indireta e o domínio resolúvel.

Diante dos conceitos acima descritos, pode se concluir que a alienação fiduciária consiste em uma modalidade contratual que implica na transferência da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem móvel, fungível ou infungível, ou imóvel, por determinado período, para um terceiro. Essa transferência de propriedade se dá com o objetivo de garantir o cumprimento de outra relação jurídica firmada. Assim, quando a segunda relação se perfaz, cabe a devolução da propriedade do bem. Se ela não se perfizer, poderá o credor pugnar pela consolidação da propriedade em seu favor.

O objetivo dessa transferência de propriedade é garantir de forma direta o cumprimento das obrigações havidas. Nesse contexto, a alienação da coisa é feita pelo devedor, mas a transferência do domínio é feita de forma resolúvel, na medida em que uma vez paga a dívida contraída, perde o credor o domínio que lhe fora transferido²¹.

A alienação fiduciária em garantia é uma espécie da alienação fiduciária e pode recair sobre bens móveis ou imóveis.

3.2 Natureza Jurídica

A alienação fiduciária é um negócio jurídico bilateral, oneroso, acessório, formal e indivisível²². No que tange à bilateralidade, decorre das obrigações criadas para ambas as partes. Em relação à onerosidade, tem-se que há benefícios a ambos, na medida em que se estabelece um instrumento creditício ao alienante e assecuratório ao adquirente.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 56.

¹⁹ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 166.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. III, p. 167.

²¹ MARTINS, Fran. *Op. cit.*, p. 167.

²² DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 88.

No que tange à acessoriedade, tem-se que a alienação fiduciária sempre decorre de outro negócio jurídico, que garante. Trata-se de um negócio formal, na medida em que requer instrumento escrito, particular ou público, no caso de envolver bens imóveis. É considerado, ainda, indivisível, pois a quitação de parte das prestações da dívida não importa em exoneração da garantia.

3.3 Distinção

3.3.1 Alienação fiduciária de bens móveis

No Brasil, a alienação fiduciária tem como objetivo garantir as operações de crédito, que foram introduzidas a partir de 1930, com o desenvolvimento da indústria e o crescimento do mercado interno. Nos últimos vinte anos, foi um instrumento bastante importante para expansão do crédito imobiliário, como espécie de garantia dessa espécie de endividamento. Adicionalmente, é utilizado no comércio de bens móveis duráveis na modalidade de crédito direto ao consumidor²³.

A partir de 1960 o país passou a sofrer forte retração econômica, aumento da inflação e consequente ociosidade dos parques industriais, de modo que era de extrema relevância um plano econômico de caráter desenvolvimentista, que trouxesse uma alternativa para o fomento da atividade industrial e maior acesso ao crédito. Na época, era necessária regulação que permitisse a estruturação de operações financeiras, que fossem aptas a angariar recursos e transferi-los para os setores de produção.

Nesse contexto, a figura da alienação fiduciária surge em nosso ordenamento jurídico com a sanção da Lei 4.728, de 1965²⁴, que regula o mercado de capitais. Contudo, o instituto da alienação fiduciária foi introduzido no ordenamento jurídico de forma incipiente, por meio de um único artigo – 66 – em uma lei muito mais abrangente, que tratava da regulação do mercado de capitais. Referido dispositivo legal, como era de se esperar por se tratar de norma inserida em ordenamento legal a que não pertencia, mostrava-se imperfeito ao regular a alienação fiduciária, causando insegurança jurídica e impedindo que o instrumento se popularizasse na proporção que o governo e o mercado desejavam.

Assim, em 1969, por meio de Decreto-Lei 911, o art. 66 da Lei de Mercado de Capitais foi integralmente revisto, tendo sido pormenorizado o instituto e inseridos os mecanismos para sua formalização, incluindo meios processuais bastante ágeis para efetivação da garantia de bens móveis, como a busca e apreensão, a ação de depósito e a consolidação da propriedade²⁵.

Na atualidade, o contrato de alienação fiduciária em garantia é disciplinado pelo art. 66-B da Lei de Mercado de Capitais, especificamente se for celebrado no

²³ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 168-169.

²⁴ BRASIL. **Lei 4.728, de 14.07.1965**. Disciplina o Mercado de Capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Diário Oficial, Brasília, 16.07.1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4728.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

²⁵ BRASIL. **Decreto Lei 911, de 01.10.1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei 4.728, de 14.07.1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 03.10.1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

âmbito do mercado financeiro e de capitais. Em adição a tal lei, foi publicada de forma mais recente a Lei 13.043/2015, que incluiu o mecanismo de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, dentre outras providências.

Caio Mário da Silva Pereira²⁶ esclarece que a instituição da alienação fiduciária visa *contribuir para o desenvolvimento* (do mercado de capitais), *permitindo às empresas próprias financiar as vendas diretas ao consumidor, sob contornos jurídicos definidos*.

De fato, a alienação fiduciária fomenta o crédito direto ao consumidor por meio da formalização de garantias, em benefício do credor, que permitem a ele que receba o que lhe é devido, por meio de garantia que recai sobre o próprio bem. Para o devedor, por sua vez, a alienação fiduciária permite-lhe fruir bens à disposição no mercado, fomentando o ciclo econômico que é fundamental à sobrevivência do comércio de bens de consumo, como ressalta Luiz Rodrigues Wambier²⁷.

3.3.2 Alienação fiduciária de bens imóveis

Até 1997, contudo, a alienação fiduciária era aplicável apenas a bens móveis, diga-se, com bastante aceitação pelo mercado. Com a necessidade de um maior acesso à casa própria, que só se daria por meio da popularização do crédito imobiliário, naquele ano foi publicada a Lei 9.514/1997, que instituiu o Sistema Financeiro, permitindo o financiamento dos grandes projetos para os empreendedores, por meio da securitização de recebíveis imobiliários, e, para os clientes, por meio da alienação fiduciária em garantia, que é um meio que permite a recomposição do capital investido de forma ágil e eficaz, em caso de mora do devedor²⁸.

Verifica-se, portanto, que o contrato de alienação fiduciária em garantia tem regime jurídico diverso no que tange ao bem sobre o qual recai. Assim, é disciplinado pelos arts. 22 a 33 da Lei 9.514/1997, se tiver por objeto bens imóveis e pelo Decreto 911, de 1969, no que tange ao seu processamento²⁹.

Deve-se ressaltar, outrossim, a recente Lei 13.465/2017, que passou a permitir o pagamento de parcelas da dívida vencida antes que se consolide a propriedade fiduciária, dando maior agilidade ao leilão de bens alienados fiduciariamente.

Como será demonstrado ao longo do próximo capítulo, a alienação fiduciária é uma figura contratual que tem como espécie a alienação fiduciária em garantia. A diferenciação entre ambas decorre do negócio principal que garantem: no caso da alienação fiduciária em garantia, ela instrumentaliza o mútuo. O único autor dentre os pesquisados que realiza distinção tão clara é Fábio Ulhoa Coelho³⁰, sendo que os

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 54.

²⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e Apreensão na alienação fiduciária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, v. 114, p. 117.

²⁸ BRASIL, **Lei 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial, Brasília, 11.01.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. III, p. 167.

³⁰ *Idem*.

demaís ora referem-se à alienação fiduciária em garantia, ora à alienação fiduciária, caracterizando-os de forma semelhante.

3.4 Requisitos do Contrato de Alienação Fiduciária

3.4.1 Requisitos subjetivos

A alienação fiduciária não é exclusiva de entidades pertencentes do sistema financeiro, de modo que poderá alienar em garantia pessoa natural ou jurídica, de direito privado ou público, incluindo autarquias, desde que possuam capacidade de disposição e capacidade genérica para os atos da vida civil³¹.

Orlando Gomes³² menciona que o alienante deve ser o proprietário do bem, que deve ter a capacidade de agir; em se tratando de relativamente incapaz, deve ser assistido, sob pena de anulabilidade do negócio. Em contrapartida, para o autor, a posição de fiduciário deve ser ocupada por sociedades de crédito e financiamento autorizadas a funcionar no país, únicas que teriam legitimidade para efetuar o negócio.

3.4.2 Requisitos Objetivos

A alienação fiduciária recai sobre bem móvel, *in commercium*, fungível ou infungível, cabendo, no primeiro caso, o ônus da prova do domínio, por parte do proprietário fiduciário, perante terceiros³³.

Orlando Gomes³⁴ defende que dentre os bens móveis suscetíveis de alienação fiduciária em garantia podem-se incluir os títulos de crédito e de valor, como notas promissórias, duplicatas e ações de sociedades anônimas. Segundo o § 3º, do art. 66-B, da Lei 4.728/1965, é admitida a cessão fiduciária de títulos de crédito hipótese em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta dos títulos representativos do crédito permanecem com o credor que, em caso de inadimplemento, poderá vendê-lo independente de leilão ou hasta pública³⁵.

Maria Helena Diniz vai além ao pontuar que a alienação fiduciária, que tem como objetivo de garantir o credor, pode recair também sobre bens enfitêuticos,

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 90-91.

³² GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 54.

³³ Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor (Lei 4.728, de 14.07.1965).

³⁴ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 67.

³⁵ É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada (Lei 4.728, de 14.07.1965, com redação incluída pela Lei 10.931/2004).

direitos reais de uso, desde que suscetíveis à propriedade fiduciária conforme disposta no Código Civil. E, citando Alfredo Buzaid, menciona que a alienação pode recair até sobre coisas imateriais e a assunção de obrigações abstratas³⁶.

3.4.3 Requisitos formais

Como já mencionado, a alienação fiduciária deverá se dar por escrito, seja por instrumento público ou particular, conforme o caso. Deverá conter o valor total da dívida, o prazo para pagamento, a taxa de juros, cláusula penal, estipulação de correção monetária, a descrição do objeto sobre o qual recairá a alienação, e os elementos que são aptos a identificá-lo.

Via de regra, o contrato de alienação fiduciária está inserido no próprio instrumento de abertura de crédito e, para que tenha validade perante terceiros, deverá ser registrado em cartório de títulos e documentos. Tal registro, é constitutivo do direito real de propriedade oponível a terceiros. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento sedimentado no que se refere a não exigência de registro perante o cartório como requisito de validade para o contrato de alienação fiduciária³⁷.

3.5 Direitos e Deveres das Partes

3.5.1 Fiduciante

Em linhas gerais, o fiduciante (alienante ou devedor) tem o direito de manter consigo a posse direta do bem alienado, passando a posse indireta ao adquirente (credor). Deverá utilizar o bem conforme sua destinação, empregando a diligência necessária para tanto³⁸, inclusive ingressando com as competentes ações contra eventuais turbações ou esbulhos de sua posse. Restituirá o bem ao credor caso não satisfaça a dívida no prazo.

Assim que pagar sua dívida, o fiduciante terá o direito de ter a propriedade definitiva do bem, que se processará por meio da baixa dos registros realizados nos competentes cartórios, podendo exercer seu domínio em sua plenitude³⁹. Assim, poderá reivindicar a coisa, satisfeita a dívida.

Uma vez alienado o bem para satisfazer a dívida não adimplida, tem o fiduciante o direito de receber o saldo da venda. O fiduciante tem o direito, ainda, de transmitir os direitos que detém sobre o imóvel alienado a terceiros, desde que o credor anua com a alienação e que o terceiro assuma as obrigações respectivas. Entretanto, caso

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 93.

³⁷ Nesse sentido: Agravo Interno nos autos do Recurso Especial 206250/MG (2012/0151471-8) – Rel^a. Min^a. Maria Isabel Gallotti – DJe 18.04.2017.

³⁸ Segundo jurisprudência dominante no STJ, restituído o bem, mesmo que deteriorado pelo uso, não se justifica a prisão para compelir o devedor a indenizar a deterioração pela falta de conservação (*Habeas Corpus* 2004/0174293-6 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – **LEXSTJ**, v. 201, p. 31).

³⁹ Em relação à demora na baixa de gravames relacionados à alienação fiduciária, o Superior Tribunal de Justiça já possui entendimento sedimentado em relação à não aplicabilidade de indenização por danos morais à espécie (Agravo Interno no REsp 1496339/RS – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – 01.08.2018).

o produto da venda do bem não seja suficiente para saldar a dívida, permanece o fiduciante obrigado à quitação do valor suplementar⁴⁰.

3.5.2 Fiduciário

Ao fiduciário cabe o direito de reivindicar a coisa da qual detém a posse indireta, no caso de insatisfação da dívida contraída, com o objetivo de aliená-la e satisfazer-se de seu crédito. Nesse sentido dispõe o art. 1.365 do Código Civil Brasileiro que é nula a cláusula que autoriza o fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia se a dívida não for paga no prazo de vencimento⁴¹.

Para reivindicar a coisa, o fiduciário pode requerer sua busca e apreensão ou ainda mover ação de depósito contra o fiduciante, para obter a restituição do bem ou o seu equivalente em dinheiro, caso este não seja encontrado⁴².

O fiduciário tem o direito, ainda, de vencer antecipadamente toda a dívida em caso de inadimplemento de uma das parcelas, independente de aviso ou notificação. Poderá, outrossim, ingressar com as competentes ações possessórias, tão logo consolidada a propriedade em seu favor.

Em caso de falência do fiduciante, pode exigir a devolução da coisa alienada fiduciariamente para posteriormente, vendê-la. Fran Martins destaca, no entanto, o disposto nos arts. 49, §§ 3º e 6º, da Lei 11.101 de 09.02.2005, segundo os quais, tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis, não se permite a venda e a retirada do estabelecimento dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial, durante o prazo de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação⁴³.

A seu turno, são deveres do fiduciário (i) proporcionar o financiamento, ou entregar a mercadoria à qual se obrigou; (ii) respeitar o uso da coisa pelo fiduciante, não molestando sua posse; (iii) restituir o domínio assim que a dívida foi integralmente paga; (iv) entregar ao fiduciante o valor remanescente da venda do bem; (v) comprovar a propriedade de bens não identificáveis perante terceiros⁴⁴.

3.6 Consequências do Inadimplemento

3.6.1 A busca e apreensão na alienação de bens móveis

Com o inadimplemento do devedor, cabe ao credor notificá-lo para que seja constituída a mora. Tal notificação dá-se de forma simplificada, por carta, não ha-

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 101.

⁴¹ Autores como Pontes de Miranda entendem que não há porque proibir tal cláusula, chamada comissão, medida em que o credor já possui o domínio e a posse indireta do bem (*Ibidem*, p. 105).

⁴² Inobstante a lei atribuir ao fiduciante a condição de depositário, segundo entendimento de Orlando Gomes, não há a coexistência de contrato de depósito com a alienação fiduciária, mas sim a equiparação do possuidor a depositário, apenas por conveniência aos interesses das partes e para dar maior segurança à relação jurídica travada entre ambos (*Ibidem*, p. 83).

⁴³ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais, edição revista e aumentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 169.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 102.

vendo sequer que se indicar o valor do débito⁴⁵. Em seguida, caberá ao fiduciário propor a busca e apreensão, que permite que a propriedade seja consolidada.

Proposta a demanda, será concedida liminarmente a busca e apreensão do bem, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento. Caberá ao réu, em contestação, alegar o pagamento do débito ou o cumprimento de suas obrigações, ou ainda a purga da mora. A partir daí, será proferida a sentença.

Não sendo encontrado o bem na posse do devedor, pode a ação de busca e apreensão ser convertida em ação de depósito, além de serem executadas outras garantias porventura existentes, como o aval.

Outra questão controvertida em relação às ações que envolvem a alienação fiduciária, consiste na prisão civil que decorre do depósito infiel do bem alienado fiduciariamente, nos casos de recusa de entrega, perecimento ou desfazimento do bem.

Parte da doutrina entendia que o depósito de que trata o Decreto 911/1969 se coaduna com a regra constitucional que permite a prisão do depositário infiel, na medida em que o fiduciante tem o dever de guarda e conservação do bem que recebeu do credor, e a obrigação de devolvê-lo. O que proíbe a Constituição é a prisão civil por dívida e não a prisão do depositário que se nega a entregar bem sobre o qual detém a posse e não a propriedade plena⁴⁶.

A corrente majoritária, no entanto, entende que o depósito a que se refere o Decreto 911, de 1969 não seria compatível com a regra constitucional que permite a prisão do depositário infiel, na medida em que a tutela da Constituição caberia apenas em casos em que um valor superior à liberdade fosse objeto de atendado (como no caso do direito à vida, que é colocado em perigo quando uma prestação alimentar deixa de ser paga). Para os defensores dessa corrente, não caberia a prisão civil no caso de depósito infiel no âmbito da alienação fiduciária.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já se posicionou a respeito por meio da Súmula Vinculante 25⁴⁷, que prevê que é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito⁴⁸.

Nos dias de hoje, principalmente após o Brasil tornar-se signatário do Pacto de San José da Costa Rica⁴⁹, em 1992, não há como defender a prisão civil em caso de inadimplemento de bem alienado fiduciariamente. Isto porque, os pactos internacionais que tratam sobre direitos humanos são equiparados às normas constitucionais no Brasil e, portanto, são hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional, ainda que com data anterior ao pacto⁵⁰.

⁴⁵ “**STJ, Súmula 245.** A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do débito”.

⁴⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e Apreensão na alienação fiduciária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, v. 114, p. 125-127.

⁴⁷ Publicada no Diário da Justiça Eletrônico n. 238, p. 1, em 23.12.2009.

⁴⁸ Nesse sentido: *Habeas Corpus* 2010/0217480-3 – Min. Vasco Della Giustina – DJE 05.05.2011.

⁴⁹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 22.11.1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

⁵⁰ HC 95.967 – Rel^a. Min^a. Ellen Gracie – 2^a T. – j. em 11.11.2008 – DJE 227 28.11.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 21 out. 2018.

3.6.2 O leilão extrajudicial na alienação fiduciária de bens imóveis

O inadimplemento das obrigações contratuais por parte do devedor sujeita o bem imóvel, objeto de alienação fiduciária, ao procedimento disciplinado pelo art. 26 e seguintes da Lei 9.514/1997, conforme alterada pelas Leis 13.043/2014 e 13.465/2017.

Assim, em caso de inadimplemento, vencem-se antecipadamente todas as parcelas da dívida contraída; uma vez constituído em mora o fiduciante, sem que haja o pagamento, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Vale ressaltar que a constituição da mora no caso da alienação fiduciária de bem imóvel pode ser realizada pessoalmente, a pedido do oficial do Cartório de Registro de Imóveis, pelo oficial do Cartório de Títulos e Documentos, ou ainda pelo correio, com aviso de recebimento. Na ausência do devedor após duas tentativas, poderá ser intimada qualquer pessoa da família, vizinho ou até mesmo funcionário da portaria de condomínios edilícios.

Em não havendo a purga da mora pelo devedor, segundo o art. 27 do mesmo diploma legal, deverá o credor fiduciário promover o competente leilão extrajudicial em 30 dias, para alienar o imóvel. Até a realização da segunda praça, é assegurado ao devedor o direito de preferência para adquirir o imóvel pelo valor da dívida, somado a encargos e despesas, inclusive tributárias.

3.7 Extinção do Contrato

Extingue-se o contrato de alienação fiduciária com o adimplemento das prestações por parte do fiduciante, que leva à extinção da propriedade fiduciária. Neste caso, cancela-se o registro da alienação fiduciária do bem perante o órgão que a registrou, conforme o caso, mediante termo de quitação expedido pelo fiduciário.

O perecimento da coisa alienada também é causa de extinção do contrato, inobstante, nesse caso, persista o crédito que gerou a garantia.

Em caso de confusão entre o credor e o proprietário pleno, ou seja, com a consolidação da propriedade, também se extingue o contrato. Da mesma forma, a adjudicação judicial, a remissão, arrematação ou venda extrajudicial também extinguem o contrato, na medida em que possuem o mesmo efeito⁵¹.

O contrato de alienação pode extinguir-se, também, em decorrência do inadimplemento. Nesse sentido, aduz Orlando Gomes que o vencimento da dívida toda, sem pagamento, implica a resolução do contrato e a perda definitiva da propriedade. Essa resolução, se dá por força de condição resolutiva expressa e a perda da propriedade decorre da imposição da lei⁵².

Diante da condição resolutiva expressa que é da natureza de tais contratos, o autor opõe-se à purga da mora nesses casos. Em seu entendimento, é de *lamentável excentricidade legislativa a autorização para o devedor emendar a mora de uma prestação, quando todas já estão vencidas*⁵³.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5. p. 106-107.

⁵² GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1972. p. 102.

⁵³ *Iden*.

No caso de alienação fiduciária de bens imóveis, no entanto, é clara a possibilidade de purga da mora por parte do devedor, sendo que somente após a concessão de prazo para tanto, caberá a consolidação da propriedade do imóvel em favor do credor fiduciário⁵⁴.

Contudo, a Lei 13.476, de 28.08.2017, estabeleceu expressamente que os §§ 5º e 6º, do art. 27, da Lei 9.514/1997 são inaplicáveis à alienação fiduciária de bens imóveis, impedindo a purga da mora perante o cartório de registro de imóveis.

3.8 Distinção entre a Alienação Fiduciária de Bens Imóveis e outros Institutos

Um dos grandes benefícios da alienação fiduciária para o fomento do mercado de crédito no Brasil é a facilidade e a agilidade com que o credor pode executar a garantia. Esse instituto, como será visto, é mais abrangente que outros, como o penhor e a hipoteca.

Inicialmente, vale esclarecer a diferença entre a alienação fiduciária e a hipoteca. Como já se demonstrou anteriormente, a alienação fiduciária de bem imóvel gera a propriedade fiduciária em favor do credor, que consiste em direito real sobre bem próprio. A hipoteca, por sua vez, consiste em mero direito real de garantia sobre coisa alheia, por meio da qual o credor tem um direito de preferência sobre credores quirografários para a excussão do bem que é dado em garantia. Em caso de falência, o credor hipotecário está sujeito aos credores tributários e trabalhistas. O credor fiduciário, no entanto, está livre dos efeitos da falência ou da insolvência.

No que tange ao penhor, verifica-se que um de seus elementos essenciais é a efetiva tradição da coisa, ou seja, a transferência da posse para o credor, mantendo o devedor o direito de propriedade. Trata-se, portanto, de um direito real de garantia sobre coisa alheia. Da mesma forma que o credor hipotecário, o pignoratício tem preferência a créditos quirografários, mas não a tem em relação a trabalhistas e tributários

3.9 Questões Controvertidas Envolvendo a Alienação Fiduciária

3.9.1 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à alienação fiduciária de bens imóveis

A discussão existente consiste na aplicabilidade do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁵ aos contratos de financiamento imobiliário garantidos por alienação fiduciária.

Referido artigo dispõe que nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, mediante pagamento de prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a

⁵⁴ “**Lei 9514/1997, art. 26, § 8º** Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio”.

⁵⁵ “**Art. 53.** Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleiteia a resolução do contrato e a retomada do produto.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a respeito da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados com instituições financeiras⁵⁶.

Nesse sentido, Arnaldo Wald esclarece que, embora entenda que o contrato de financiamento imobiliário não se enquadra nos conceitos de produto ou serviço do Código de Defesa do Consumidor, o valor que é obtido com a venda do bem não é diretamente ressarcido ao devedor, mas sim sob a forma de abatimento do saldo que lhe compete⁵⁷.

Contudo, como já anteriormente mencionado, no que tange à alienação fiduciária que recai sobre bem imóvel, é aplicável o art. 27, § 4º, da Lei 9.514/1997, que expressamente prevê que o bem será objeto de leilão para alienação, cabendo ao devedor, nessa hipótese, o direito de reaver o saldo apurado, mas não a restituição total do *quantum* pago ao longo da avença⁵⁸.

3.9.2 Alienação fiduciária e falência

A Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei 11.101/2005) prevê expressamente em seu art. 32 que na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurado ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente. A questão que se coloca, contudo, diz respeito à continuidade de contrato de alienação fiduciária, inobstante a falência do fiduciário.

A respeito do tema, Melhim Namem Chalhub (2006, p. 45) esclarece que a massa falida pode assumir a posição do fiduciário, mantendo o direito do fiduciante. Assim, se o fiduciante pagar obterá a propriedade plena do bem; se não, sujeitar-se-á aos efeitos da mora. A propriedade resolúvel da massa falida, no caso, se reverteria em favor do concurso de credores⁵⁹.

Vale lembrar, outrossim, que a Lei de Recuperação de Empresas e Falências também prevê a suspensão de todas as ações contra o devedor pelo prazo de 180

⁵⁶ Súmula 297. **RSTJ**, v. 185, p. 666. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletro_nica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

⁵⁷ WALD, Arnaldo. Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 51, p. 272.

⁵⁸ “**Art. 27.** Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel. (...) **§ 4º** Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil. **§ 5º** Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º. **§ 6º** Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio”.

⁵⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 245.

dias, contados do deferimento do pedido de recuperação⁶⁰. Essa suspensão de prazo afeta, inclusive, as garantias fiduciárias.

Segundo o § 3º, do art. 49, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências⁶¹, o credor fiduciário não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Contudo, conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, há uma exceção a tal regra, que determina a proibição da venda ou retirada dos bens considerados essenciais à atividade da empresa em recuperação judicial, mesmo após o decurso do prazo de suspensão.

3.9.3 Aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial

Segundo Orlando Gomes (2007, p. 45), o adimplemento substancial consiste na hipótese em que o contratante executa grande parte de suas obrigações, e deixa de executar parte insignificante perante o todo, cuja consequência principal é impedir a resolução do contrato sob alegação de inadimplemento⁶².

Assim, com base na arguição de boa-fé, os devedores buscaram impedir que os credores resolvessem a relação contratual havida em razão do inadimplemento de uma parcela diminuta da obrigação, ou seja, do financiamento. Contudo, baseados nas regras a que se submetem os bens alienados fiduciariamente e à importância da manutenção da segurança jurídica as concessões de crédito que são por eles garantidos, os tribunais pátrios já firmaram posição no sentido da inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial a essa modalidade contratual, sendo que a mora do devedor, nesses casos, somente pode ser afastada pelo pagamento da integralidade da dívida⁶³.

3.9.4 Alienação fiduciária e locação

O credor fiduciário deverá anuir com a locação do bem, conforme preceitua o art. 7º, da Lei 7.245/1991). Com a consolidação da propriedade em favor do credor, cabe ao locatário desocupar o bem, mediante denúncia, que deverá ser realizada pelo fiduciário ou pelo arrematante do imóvel, conforme o caso. O prazo para desocupação do imóvel será de 30 dias, em caso de não anuência do fiduciário ao contrato de locação ou de 90 dias, em caso de anuência.

Em relação ao direito de preferência, tem-se que ele não assiste ao locatário de imóvel alienado fiduciariamente. Esse fato decorre do disposto no parágrafo

⁶⁰ § 4º do art. 6º da Lei 11.101/2005.

⁶¹ “**Art. 49, § 3º** *Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatibilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial*”.

⁶² GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 por Antonio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Edvaldo Brito (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45.

⁶³ REsp 1622555/MG – Rel. Min. Marco Buzzi – 2ª Seção – Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze – j. em 22.02.2017 – DJe 16.03.2017.

único, do art. 32, da Lei 8.245/1991 (incluído pela Lei 10.931/2004), que prevê que nos contratos firmados a partir de 01.10.2001, o direito de preferência não alcança os casos de propriedade fiduciária, devendo essa condição constar expressamente de cláusula contratual específica. Nesse caso, caberia ao locatário disputar o imóvel com terceiros em leilão convocado para sua alienação.

Para reaver o imóvel locado, assiste ao credor fiduciário o direito de ingressar com ação de reintegração de posse, desde que a propriedade já se tenha consolidado em seu favor. Contudo, há autores que pugnam pelo cabimento da ação de despejo para o caso, concluindo que a reintegração somente seria cabível em desfavor do devedor fiduciante⁶⁴.

Nesse sentido, negou provimento a recurso em ação de busca e apreensão, em que determinado credor visava proceder com a retirada de bens objetos de alienação fiduciária, por considerar bens imprescindíveis para a continuidade do ramo empresarial da empresa em recuperação judicial, mantendo, portanto, os efeitos da decisão que determinou a prorrogação do prazo de 180 dias previsto na mencionada norma legal.

Ao proferir essa decisão, o STJ pacificou o entendimento, trazendo maior segurança jurídica, tanto aos credores quanto às empresas em recuperação judicial, e deu fim à duas discussões: primeiramente, sobre a possibilidade de prorrogação do prazo de suspensão de 180 dias, visto que a lei trata como “improrrogável”; e, em um segundo momento, no tocante aos efeitos desta prorrogação também com relação aos créditos garantidos por alienação e cessão fiduciária.

4 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE AÇÕES

A alienação fiduciária de ações é muito utilizada como forma de garantia em operações estruturadas de financiamento, ou ainda nas emissões de valores imobiliários, como debêntures.

Encontra-se especificada na Lei 6.404/1976, que trata das sociedades por ações e, em seu art. 40, estabelece que a alienação fiduciária em garantia deverá ser objeto de registro no livro de registro de ações nominativas das sociedades anônimas que os mantenham (em geral, sociedades de capital fechado), ou nos correspondentes livros cuja guarda fica em poder dos agentes escriturais, em geral, no caso de sociedades anônimas de capital aberto.

Uma das principais questões relacionada à alienação fiduciária de ações consiste no exercício do direito de voto que, segundo o parágrafo único, do art. 113, da Lei 6.404/1976, não poderá ser exercido pelo credor, mas sim pelo devedor, que deverá exercê-lo nos limites do contrato celebrado. Assim, em contratos dessa natureza, em geral é estabelecido um rol de matérias, que visam proteger seus credores e, evidentemente, a própria companhia de modo que, em caso de inadimplemento, estará o devedor impedido de deliberar sobre determinados termos como, por exemplo, a alienação ou oneração de patrimônio da companhia.

⁶⁴ CARVALHO, Maria Serina Areias de. **Propriedade fiduciária: bens móveis e imóveis**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Doi:10.11606/D.2.2009.tde-16112011-162843. p. 121.

Outra questão que recai nos casos de alienação fiduciária de ações, diz respeito à propriedade dos frutos que delas advém, ou seja, os dividendos. Em contratos dessa natureza, em geral, estão preservados os direitos dos acionistas de receber os dividendos previstos em lei, ou seja, no art. 202, da Lei 6.404/1976, exceto em caso de inadimplemento.

No que tange à excussão das ações em caso de inadimplemento, verifica-se que não há um regime legal aplicável, como no caso da alienação fiduciária que recai sobre bens móveis e imóveis. O que se vê nas relações travadas entre empresas e o mercado financeiro é a inclusão de cláusulas contratuais que permitem que o credor automaticamente tome posse das ações dadas em garantia, por meio da inclusão de cláusulas mandato ou penhor, por exemplo. Trata-se do mecanismo conhecido como *step in rights*, ou direito de assunção do controle em caso de inadimplemento⁶⁵, que tem como objetivo sanear a situação da empresa e prepará-la para sua venda futura.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível verificar ao longo do presente estudo, o instituto da alienação fiduciária em garantia remonta ao direito romano, principalmente no que tange ao conceito de fideiúcia, ou seja, confiança. Na época, a propriedade era transferida de forma plena, irrestrita e ilimitada, de modo que se o fiduciário optasse por não devolver o bem, não havia como buscá-lo, cabendo a resolução do contrato por perdas e danos. Apenas no período clássico foi instituído o *pactum fiduciae*, ou seja, o dever de restituição da coisa.

No Brasil, a alienação fiduciária foi introduzida em nosso ordenamento com o mercado de capitais, primeiramente voltada aos bens móveis, por meio da Lei 4.728/1965. Desde 1997, no entanto, teve seu espectro aumentado, passando a recair, também, sobre bens imóveis, com a promulgação da Lei 9.514/1997. Trata-se, portanto, de uma figura contratual com dois regimes jurídicos diversos, de acordo com os bens que a ela se submetem.

Diante da pesquisa realizada, foi possível estabelecer o conceito de alienação fiduciária no Direito Brasileiro, que consiste em uma modalidade contratual que implica na transferência da propriedade resolúvel e na posse indireta de um bem móvel fungível ou infungível, ou ainda imóvel, por determinado período, para um terceiro. Essa transferência de propriedade se dá com o objetivo de garantir o cumprimento de outra relação jurídica firmada. Assim, quando a segunda relação se perfaz, cabe a devolução da propriedade do bem. Se ela não se perfizer, poderá o credor pugnar pela consolidação da propriedade em seu favor.

A alienação fiduciária no Brasil tem sido utilizada em larga escala, seja no financiamento de bens de consumo ou da casa própria, propiciando um maior acesso ao crédito e, conseqüentemente, fomento à atividade industrial e à construção civil. Isto se dá porque o mecanismo de excussão da garantia – a busca e apreensão de

⁶⁵ ENEI, José Virgílio Lopes; VIEIRA, Antonio Paulo Kubli. *Step in Right no Direito Brasileiro*. Disponível em: <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/imprensa-ij/step-in-right-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

bens móveis e o leilão extrajudicial de bens imóveis – é célere e eficaz, permitindo ao alienante um instrumento creditício e ao adquirente um meio assecuratório eficiente. Com a diminuição dos riscos de crédito sobreveio um cenário de estabilidade, que acaba por atrair investidores, em um círculo virtuoso.

Vale lembrar, outrossim, que as principais questões voltadas à alienação fiduciária têm sido levadas aos tribunais, que tem decidido uniformemente em relação a seus termos, ou seja, declarando a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações assumidas, fato este que traz ainda maior segurança jurídica ao instituto.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BRASIL. **Lei 4.728, de 14.07.1965**. Disciplina o Mercado de Capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Diário Oficial, Brasília, 16.07.1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4728.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.
- _____. **Decreto Lei 911, de 01.10.1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei 4.728, de 14.07.1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 03.10.1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.
- _____. **Lei 6.404, de 15.12.1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial, Brasília, 17.12.1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- _____. **Lei 8.078, de 11.09.1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 12.02.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.
- _____. **Lei 8.242, de 18.10.1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Diário Oficial, Brasília, 21.10.1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.
- _____. **Lei 9.514, de 20.11.1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 21.11.1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.
- _____. **Lei 10.406, de 10.02.2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial, Brasília, 11.01.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.
- _____. **Lei 11.101, de 09.02.2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial, Brasília, 09.02.2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.
- CARVALHO, Maria Serina Areias de. **Propriedade fiduciária: bens móveis e imóveis**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Doi:10.11606/D.2.2009.tde-16112011-162843. Acesso em: 14 out. 2014.
- CHALHUB, Melhim Namen. **Negócio fiduciário**. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CLAUDINO, Patricia Brasil. **A execução da alienação fiduciária de imóvel: uma análise da execução administrativa e judicial**. F.118. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/patricia_brasil_claudino.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.
- FARO, Alexandre Gereto de Mello. **Regime jurídico da alienação fiduciária em garantia e alienação fiduciária de ações**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. 175f.
- FRONTINI, Paulo Salvador. Supremo decide: consórcios podem usar alienação fiduciária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, v. 37, p. 163 e ss.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 por Antonio Junqueira de Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino, coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAES, Mauro Delphim de. Alienação fiduciária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, v. 31, p. 100 e ss.

NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada**. 156 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 2010.

SANTOS, Maria Luiza Werneck. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 138f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 1988.

WALD, Arnoldo. Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 51, p. 253 e ss.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Busca e Apreensão na alienação fiduciária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, v. 114, p. 117 e ss.