

MAXIMIZAÇÃO DAS GARANTIAS SOBRE
IMÓVEIS: HIPOTECA DOS DIREITOS
EXPECTATIVOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE

MAXIMIZING SECURITY INTERESTS IN
IMMOVABLE PROPERTY: HYPOTHECS OF DEBTORS'
RIGHTS OF REDEMPTION

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da UERJ. Professora da Pós-Graduação *lato sensu* da UERJ, da PUC-Rio e da EMERJ. Advogada e Parecerista.

Carla Wainer Chalhó Lgow

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora da Pós-Graduação *lato sensu* da UERJ. Advogada.

Resumo: Por representarem um reforço ao vínculo obrigacional, as garantias favorecem o acesso ao crédito, servindo de estímulo ao financiamento das atividades econômicas. Quando um imóvel é oferecido em alienação fiduciária, restringe-se a possibilidade de sua utilização pelo devedor fiduciante para assegurar o adimplemento de novas dívidas, em razão da transferência da propriedade resolúvel ao credor. Não se admite, por exemplo, a instituição de alienação fiduciária de segundo grau. Outras garantias, contudo, permanecem viáveis, como a hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante, potencializando-se, assim, as garantias sobre imóveis.

Palavras-chave: Alienação fiduciária em garantia. Hipoteca. Direito expectativo. Devedor fiduciante.

Abstract: By reinforcing the enforceability of debtors' obligations, security favors access to credit and stimulates financing for economic activity. When security is given in the form of a conveyance of defeasible ownership in immovable property (alienação fiduciária), however, the debtor can no longer use the property to secure new debt because the creditor holds defeasible ownership. A "second degree" conveyance is not possible, for example. Nonetheless, other security interests remain viable, such as a hypothec of the debtor's right to redeem the property under fiduciary alienation, maximizing the property's value as security.

Keywords: Security interests in immovable property. Conveyance of defeasible ownership. Hypothec. Debtor's right of redemption.

Sumário: **1** Introdução – **2** Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis – **3** Propriedade fiduciária de imóvel e penhora – **4** Instituição de outras garantias reais sobre o direito expectativo do devedor fiduciante: hipoteca, cessão e alienação fiduciária – **5** Conclusão

1 Introdução

Não é preciso dizer muito para ressaltar a importância das garantias para o tráfego jurídico e para o desenvolvimento das atividades econômicas. São figuras acessórias ao crédito que conduzem à extinção satisfativa da obrigação e atendem, a um só tempo, aos interesses do credor e do devedor.

Como o adimplemento das obrigações depende, necessariamente, da cooperação do devedor, a ordem jurídica coloca à disposição do credor diversos instrumentos cuja principal função é, precisamente, a de assegurar a satisfação dos seus interesses. Acontece que, ao aumentar a probabilidade de satisfação do crédito, a garantia torna o credor mais propenso a emprestar capital em condições menos onerosas para o devedor, servindo de estímulo ao financiamento das atividades econômicas. Não é verdade, assim, que as garantias servem apenas aos interesses do credor, porque elas facilitam o acesso do devedor ao crédito.

A comunidade jurídica costuma destacar a vocação repressiva que as garantias inegavelmente ostentam, mas é preciso reconhecer também a sua função promocional. Do contrário, estar-se-ia reduzindo os seus efeitos ao momento patológico da obrigação, quando se configura o inadimplemento. Os efeitos das garantias são revelados desde o início da relação, ainda que o devedor, espontaneamente, venha a realizar a prestação à qual se vinculou, quer dizer, ainda que o credor não precise acioná-las, porque já no princípio da relação as garantias proporcionam ao credor a tão desejada segurança.

O tema que ora se propõe a discutir – maximização das garantias sobre imóveis – está intrinsecamente ligado à função promocional das garantias. Na prática, é muito comum o credor exigir como garantia bem que vale consideravelmente mais do que o valor da dívida garantida, a menos que ele tenha recebido diversas garantias que, em conjunto, o deixem em situação já confortável. No caso da hipoteca, não há qualquer “desperdício” nisso, porque o próprio Código Civil admite hipoteca de diversos graus, que dizer, o mesmo imóvel pode ser objeto de diversas hipotecas. Dependendo do valor do imóvel que excede a dívida, a hipoteca de segundo grau pode ser interessante para outros credores. No entanto, em se tratando de alienação fiduciária de bem imóvel, que é uma espécie de garantia bastante utilizada, a transferência da propriedade resolúvel para o credor impede que o devedor constitua sobre o mesmo imóvel outra alienação fiduciária (de segundo grau) ou mesmo uma hipoteca, porque o imóvel – ao menos temporariamente – não é mais dele. Sem o poder de disposição, o devedor fica adstrito a manter o bem integralmente onerado por todo o período contratual, em prejuízo da realização de novos negócios jurídicos.

Atento a esse “desperdício” – novamente entre aspas –, o mercado foi chamado a testar formas de maximizar as garantias sobre imóveis. Ao perceber que

o direito real de aquisição deferido legalmente ao fiduciante também tem valor, doutrina e jurisprudência passaram a admiti-lo como objeto de outras garantias, bem como a reconhecer sua utilidade como garantia judicial, passível de penhora e expropriação para satisfação dos interesses de outros credores do devedor. As páginas que se seguem são dedicadas precisamente à análise dessa questão.

2 Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis

Uma das grandes razões da adoção da alienação fiduciária, instituto de origem anglo-saxã, no Brasil, foi a efetiva proteção que esta modalidade de garantia oferece ao credor. Até então, o instrumento mais utilizado para a constituição de garantia real sobre bens imóveis era a hipoteca. O credor hipotecário, contudo, muitas vezes via o adimplemento de seu crédito, mediante a excussão do bem objeto da garantia, dificultado pela existência de outros credores que, considerados mais privilegiados, suplantavam o seu direito, a exemplo dos credores tributários, trabalhistas, de verbas alimentares etc.¹

Diversamente, a alienação fiduciária, por implicar a transferência da propriedade resolúvel, com escopo de garantia, ao credor fiduciário, torna o bem alienado fiduciariamente praticamente imune a outros credores do devedor fiduciante, atendendo de maneira mais efetiva, assim, aos interesses do credor. Daí a sua designação de supergarantia, como afirmamos em outra oportunidade.² Note-se, por exemplo, que os créditos garantidos por alienação fiduciária não se submetem aos efeitos do procedimento de recuperação judicial (art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005), e que o bem alienado fiduciariamente, caso arrecadado em procedimento falimentar instaurado em face do devedor fiduciante, é passível de pedido de restituição pelo credor fiduciário (art. 85 da Lei nº 11.101/2005).³

¹ MEZZARI, Mario Pazutti. Alienação fiduciária: questões controvertidas. *Boletim IRIB*, São Paulo, v. 353, 2015. p. 33.

² “A transferência da propriedade a título de garantia encerra o que tem sido designado de supergarantia, uma vez que oferece ao credor vantagens consideravelmente superiores àquelas proporcionadas ao credor pignoratício, hipotecário e anticrético, daí a ampla preferência na sua utilização em detrimento das demais modalidades de garantia” (TERRA, Aline Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 216).

³ Nesse sentido, por exemplo: TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. AI nº 2179019-39.2017.8.26.0000. Rel. Des. Cláudio Godoy, j. 27.8.2018, v.u. Em doutrina: “Visto que a coisa objeto de garantia se encontra no patrimônio do credor, este fica protegido contra os efeitos da eventual falência ou insolvência do devedor ou do terceiro que prestou a garantia, podendo, ainda que se configurem tais hipóteses, vender a coisa para pagar, com exclusividade, o seu crédito. O credor tem o direito, portanto, de reivindicar o bem da massa falida, haja vista sua qualidade de proprietário” (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 44).

Desde a década de 1960, há, no direito brasileiro, previsão legal para alienação fiduciária em garantia de bens móveis (art. 66 da Lei nº 4.728/1965, e Decreto-Lei nº 911/1969). Quanto aos imóveis, até o final da década de 1990 não havia previsão legal expressa, não obstante parte da doutrina admitir a sua contratação,⁴ assim como alguns precedentes jurisprudenciais. Sua utilização, no entanto, era pouco comum e bastante limitada, em razão da ausência de regulamentação legal.

A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.514/1997, tendo nascido com o propósito de criar um mecanismo rápido e eficaz para a satisfação do crédito, e desde então vem sendo utilizada em larga escala no mercado, especialmente pelos agentes financeiros concessionários de crédito. Com a edição do Código Civil, em 2002, a propriedade fiduciária foi regulamentada de maneira geral, mas as disposições da legislação especial permanecem em vigor, conforme estatuem os arts. 1.367⁵ e 1.368-A⁶ do referido Código.

Nos termos do art. 22, *caput*, da Lei nº 9.514/1997, a alienação fiduciária de bens imóveis é “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

Trata-se, portanto, de contrato acessório com escopo de garantia, sendo o principal justamente o contrato que constitui a dívida ou a obrigação.⁷ A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis pode ser contratada para garantir obrigações em geral, e não apenas para garantia da obrigação de pagar o saldo de financiamento imobiliário.⁸ Pode ser contratada por pessoa física ou jurídica, não

⁴ TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 1998. p. 20-21. Alguns doutrinadores, por outro lado, não admitiam a alienação fiduciária de imóveis antes da vigência da lei: “O professor Arnaldo Wald advoga a aplicação, na prática, do instituto em causa aos bens imóveis; não comungamos, *data venia*, dessa opinião, apesar da autoridade do ilustre jurista, por entendermos que os bens imóveis têm regras próprias no que concerne às garantias, especialmente a hipoteca que se lhe aplica” (SANTOS, J. A. Penalva. *Alienação fiduciária em garantia*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 253, 1976. p. 71).

⁵ Código Civil: “Art. 1.367. A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231”.

⁶ Código Civil: “Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”.

⁷ MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação fiduciária: questões controvertidas*. *Boletim IRIB*, São Paulo, v. 353, 2015. p. 35.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Alienação fiduciária de bens imóveis: aspectos de formação, execução e extinção do contrato*. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 51, p. 235-252, 2001. A esse respeito, Mario Pazutti Mezzari explica que “em um primeiro momento, chegou-se a defender que apenas os contratos de financiamento imobiliário poderiam valer-se dessa modalidade de garantia, tese contra a qual

sendo privativa de entidades que operam no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI.⁹ A garantia pode ser prestada pelo próprio devedor da obrigação principal ou por terceiro em favor dele, sendo que, neste caso, o garante aliena seu imóvel ao credor fiduciário para assegurar o cumprimento de uma obrigação do devedor, como permite o art. 51 da Lei nº 10.931/2004.¹⁰

Com relação ao objeto do contrato, admite-se a instituição de alienação fiduciária não só sobre a propriedade plena dos imóveis, mas também, como estatui o art. 22, §1º, da Lei nº 9.514/1997, em relação (i) a bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no credor fiduciário, (ii) ao direito de uso especial para fins de moradia, (iii) ao direito real de uso, desde que suscetível de alienação, e (iv) à propriedade superficiária. Além disso, inexistente qualquer limitação legal quanto ao tipo de imóvel, que pode, portanto, “ser residencial, não-residencial, comercial ou misto, urbano ou rural, enfitêutico ou aforado, [...] pronto ou em construção ou simplesmente terreno não edificado”.¹¹ E não há vedação a que um dos coproprietários, em se tratando de imóvel em regime de condomínio voluntário, aliene fiduciariamente em garantia sua fração ideal.¹² Os arts. 22 a 24 da Lei nº 9.514/1997 estabelecem os requisitos fundamentais do contrato de alienação fiduciária em garantia de imóveis.

A alienação fiduciária instituída pela Lei nº 9.514/1997 enquadra-se na categoria dos direitos reais de garantia, o que gera efeitos práticos nos âmbitos registral e tributário.¹³ Trata-se a propriedade fiduciária de um direito real *sui generis* e bifronte, pois se de um lado assume função de garantia para o credor fiduciário, de outro “também é funcionalizada ao interesse do devedor como um direito real

apresentei minha discordância desde o início. Com a edição da Lei nº 10.931/2004, ficou claro que a alienação fiduciária de imóvel presta-se a garantir obrigações em geral e não apenas contratos imobiliários” (MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação fiduciária: questões controvertidas*. *Boletim IRIB*, São Paulo, v. 353, 2015. p. 34).

⁹ Nas palavras de Tatiana Bonatti Peres, “a alienação fiduciária de bem imóvel pode ser contratada por qualquer pessoa, física ou jurídica, e para garantia de qualquer crédito, não obstante a lei que a criou dispor sobre o financiamento imobiliário” (PERES, Tatiana Bonatti. *Temas de direito imobiliário e responsabilidades de civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 84). Em sentido semelhante: “No regime do Decreto-Lei nº 911/69 muito se discute se entes ou entidades não financeiras podem contratar a alienação fiduciária de bens móveis; com o texto explícito da Lei nº 9.514/97 esta dúvida não existe, o que certamente induzirá a um maior desenvolvimento prático do instituto, ampliando-se o leque de sua utilização” (TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 1998. p. 28).

¹⁰ Lei nº 10.931/2004: “Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, [...] por alienação fiduciária de coisa imóvel”.

¹¹ TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 1998. p. 31.

¹² TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 1998. p. 31-32.

¹³ TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 1998. p. 23.

à aquisição do bem”.¹⁴ A esse respeito, aliás, o art. 1.368-B do Código Civil prevê que “a alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor”.

Enquanto pendente a obrigação principal, admite-se a cessão do crédito objeto da alienação fiduciária sem necessidade de anuência do devedor fiduciante, que implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia (Lei nº 9.514/1997, art. 28), especialmente a obrigação de restituir a propriedade ao devedor fiduciante, se e quando paga a dívida. Também os direitos do devedor fiduciante sobre o imóvel dado em garantia poderão ser transmitidos, exigindo-se, nesse caso, a anuência expressa do credor fiduciário, hipótese na qual o adquirente assumirá as respectivas obrigações (Lei nº 9.514/1997, art. 29).

Adimplido o contrato principal, a propriedade do bem imóvel dado em garantia consolida-se nas mãos do devedor fiduciante ou do terceiro garantidor, com efeitos retroativos à data da constituição da propriedade fiduciária.¹⁵ Enquanto não adimplido o contrato principal, o devedor fiduciante fica sem poder de disposição sobre o bem e, por isso, sem a possibilidade de penhorá-lo, como se verá a seguir.

3 Propriedade fiduciária de imóvel e penhora

3.1 Impenhorabilidade de imóvel alienado fiduciariamente

A transferência da propriedade do bem ao credor fiduciário constitui importante traço distintivo entre a alienação fiduciária e outras garantias reais como a hipoteca, o penhor e a anticrese, já que, nessas modalidades, o credor recebe apenas um direito real de garantia sobre coisa alheia, permanecendo a propriedade sob a titularidade do devedor. Diversamente, na alienação fiduciária em garantia, o credor é titular de direito real sobre coisa própria.¹⁶

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5. p. 469.

¹⁵ TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 1998. p. 23-24. O autor cita interessante repercussão prática da eficácia retroativa da consolidação da propriedade nas mãos do devedor fiduciante ou do terceiro garantidor, nos seguintes termos: “ao tempo da constituição da alienação fiduciária em garantia, o devedor (fiduciante) e então proprietário é solteiro, contraindo posteriormente matrimônio no regime da comunhão parcial de bens (em que se comunicam ao cônjuge os bens adquiridos a título oneroso, posteriormente às núpcias). Paga a dívida, a propriedade se consolida na pessoa do devedor (fiduciante), antes solteiro, agora casado; seu cônjuge é meeiro neste imóvel? Penso que não, pois considero o imóvel como adquirido pelo devedor (fiduciante) por direito próprio anterior ao casamento”.

¹⁶ CHALHUB, Melim Namem. *Alienação fiduciária de bens imóveis. 20 anos de vigência da Lei 9.514/1997. Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 84, p. 495-531, 2018.

Essa característica peculiar do negócio jurídico de alienação fiduciária – a transmissão fiduciária da propriedade resolúvel ao credor, ainda que com escopo exclusivo de garantia – impacta diretamente no regime jurídico do instituto. É justamente essa peculiaridade que, por exemplo, faculta ao credor fiduciário requerer a restituição do imóvel dado em garantia em caso de falência do fiduciante, como referido *supra*.

É essa mesma peculiaridade que configura como venda a *non domino* a alienação a terceiro, pelo devedor fiduciante, do bem dado em garantia,¹⁷ havendo mesmo quem considere que “enquanto perdurar a propriedade fiduciária, não pode o devedor (ou o terceiro garante) aliená-la ou dá-la em garantia a outrem, sob pena de ficar sujeito [...] à pena prevista no art. 171, §2º, I, do Código Penal”.¹⁸

A consequência jurídica de uma alienação a *non domino*, contudo, é questão bastante controversa na doutrina e jurisprudência brasileiras. Enquanto alguns sustentam que o negócio jurídico realizado a *non domino* é inexistente,¹⁹ outros dizem se tratar de vício de nulidade ou, no mínimo, de anulabilidade,²⁰ havendo ainda quem considere que a alienação a *non domino* seria apenas ineficaz para transferir o domínio,²¹ bem como ineficaz em relação ao *verus dominus* –²² o credor fiduciário, no caso da alienação fiduciária em garantia.

Finalmente, é essa mesma característica, que é peculiar das garantias de alienação e de cessão fiduciária – a transferência da propriedade resolúvel ao credor –, que impede a penhora do bem imóvel transmitido em garantia para satisfazer outros credores do devedor fiduciante. Enquanto não adimplida a dívida principal, o fiduciante não é proprietário, detendo somente a posse direta

¹⁷ Nas palavras de J. A. Penalva Santos, “depois de registrado o respectivo instrumento, a alienação fiduciária prevalece sobre as vendas posteriores – consideradas a *non domino*” (ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 73).

¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 162-163. Referido dispositivo do Código Penal estabelece pena de um a cinco anos de reclusão, mais multa, a quem “vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria”.

¹⁹ Para Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, por exemplo, a alienação a *non domino* seria inexistente perante o *verus dominus* e ineficaz perante o terceiro adquirente (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5. p. 444). De modo que o verdadeiro proprietário poderia reivindicar a coisa de quem quer que a detivesse. É que, na visão desses autores, tendo o vendedor adquirido a propriedade em razão de evento superveniente, o negócio jurídico, que já seria existente e válido para as partes, ingressaria no plano da eficácia, transmitindo-se a propriedade com efeitos retroativos.

²⁰ Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 3. p. 201; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3. p. 227.

²¹ Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 14. p. 448-450; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3. p. 154-155.

²² Acerca das principais correntes relativas à consequência da alienação a *non domino*, cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 3. p. 565-566.

do bem, não sendo admissível, assim, a sua constrição judicial em benefício de seus credores pessoais:²³ “jamais uma dívida de responsabilidade do fiduciante perante outro credor poderá ensejar a penhora e arrematação do imóvel objeto da alienação fiduciária, pois a propriedade do referido imóvel, ainda que resolúvel, não pertence mais ao fiduciante”.²⁴

Deste modo, a propriedade fiduciária, regularmente constituída e registrada junto à matrícula do imóvel, não será atingida por nenhum outro crédito detido contra o fiduciante, independentemente de sua natureza:

seja ele de natureza falimentar, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra espécie, pois não pertence mais ao alienante-fiduciante, tendo sido, antes, afetada e subtraída do seu patrimônio e inserida no patrimônio do credor, ainda que em caráter resolúvel, cuja característica é a temporariedade e limitação da propriedade.²⁵

De fato, em diversas oportunidades, os tribunais brasileiros ratificam a conclusão de que o bem imóvel dado em alienação fiduciária não é passível de penhora por outros credores do devedor fiduciante,²⁶ admitindo, inclusive, a oposição de embargos de terceiro pelo credor fiduciário.²⁷

²³ Nesse sentido: SANTOS, J. A. Penalva. *Alienação fiduciária em garantia*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 253, 1976. p. 76.

²⁴ DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 70.

²⁵ DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 74. A esse respeito, aliás, a doutrina refere-se a precedente do Superior Tribunal de Justiça que afasta a penhorabilidade do bem alienado fiduciariamente mesmo diante da invocação do privilégio ao crédito tributário – “STJ, 1ª T. REsp nº 47.047-1/SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 17.10.1994. *DJU*, de 14.11.1994” (SILVA, Luiz Augusto Beck da. *Alienação fiduciária em garantia: história, generalidades, aspectos processuais, ações, questões controvertidas, legislação e jurisprudência do STF, STJ, TJ-RS, TA-RS, entre outros tribunais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 133-134). Em sentido semelhante: “Os bens alienados fiduciariamente, por não pertencerem ao devedor-executado, mas ao credor fiduciário, não podem ser objeto de penhora na execução fiscal” (STJ, 2ª T. REsp nº 232.550/SP. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 23.10.2001. *DJU*, 18 fev. 2002); e STJ, 2ª T. REsp nº 1.646.249/RO. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 3.4.2018. *DJe*, 24 maio 2018.

²⁶ No Superior Tribunal de Justiça, a título exemplificativo: STJ, 3ª T. AgInt no AREsp nº 1.370.727/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 25.3.2019, v.u. *DJe*, 28 mar. 2019; STJ, 2ª T. REsp nº 1.697.645/MG. Rel. Min. Og Fernandes, j. 19. 4.2018, v.u. *DJe*, 25 abr. 2018; STJ, 2ª T. REsp nº 1.646.249/RO. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 3.4.2018, v.u. *DJe*, 24 abr. 2018; STJ, 2ª T. REsp nº 795.635/PB. Rel. Min. Castro Meira, j. 27.6.2006, v.u. *DJ*, 7 ago. 2006. p. 208; e STJ, 5ª T. REsp nº 260.880/RS. Rel. Min. Felix Fischer, j. 13.12.2000, v.u. *DJ*, 12 fev. 2001. p. 130. Nos Tribunais estaduais: TJSP, 12ª CDPriv. AI nº 2008566-74.2018.8.26.0000. Rel. Des. Sandra Galhardo Esteves, j. 14.8.2018, v.u.; TJSP, 22ª CDPriv. AI nº 2101512-65.2018.8.26.0000. Rel. Des. Hélio Nogueira, j. 19.6.2018, v.u.; TJSP, 9ª CDPriv. AI nº 2234428-34.2016.8.26.0000. Rel. Des. Costa Netto, j. 25.7.2017, v.u.; TJSP, 21ª CDPriv. AC nº 1011855-63.2016.8.26.0562. Rel. Des. Silveira Paulilo, j. 4.4.2017, v.u.; TJSP, 9ª CDPriv.

Se parece não haver dúvidas de que o imóvel, em si, alienado fiduciariamente não pode ser penhorado para satisfazer outros credores do devedor fiduciante, por outro lado, como será visto a seguir, não parece haver óbices à penhora dos direitos do fiduciante oriundos do contrato, que integram o seu patrimônio enquanto não solvida a obrigação principal.

Antes, contudo, de analisar essa questão, cabe refletir se seria admissível a penhora do bem imóvel dado em garantia não por credores do devedor fiduciante, mas sim por credores próprios do credor fiduciário.

Para uma primeira corrente de pensamento, assim como não é possível a penhora do imóvel alienado fiduciariamente por outros credores do devedor fiduciante, também não seria admissível a penhora do imóvel por credores pessoais do fiduciário: “Também por dívida contraída pelo credor fiduciário não pode o bem ser arrestado ou penhorado”.²⁸

Isso porque, na visão dessa corrente, a propriedade resolúvel do bem alienado fiduciariamente constituiria, materialmente, uma espécie de patrimônio de afetação, isto é, um bem separado do patrimônio geral do credor fiduciário, imune, portanto, à ação de terceiros, “posto reservado à finalidade para o qual foi constituído, qual seja, a satisfação do titular do direito eventual, que inclusive poderá praticar os atos destinados a conservá-lo”.²⁹ A aplicação da teoria da separação dos patrimônios, assim, impediria a penhora do bem por credores do proprietário fiduciário. Nesse sentido, referem-se à antiga Súmula nº 242 do extinto Tribunal Federal de Recursos, segundo a qual “o bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de penhora nas execuções ajuizadas contra o fiduciário”.

Nada impediria, contudo, ainda na visão dessa primeira corrente, que créditos periodicamente depositados pelo devedor fiduciante em favor do credor fiduciário fossem atingidos pelas dívidas por este contraídas. Assim, “se A paga R\$600,00 mensais ao seu credor a título de amortização do débito e resgate da

Al nº 2177784-71.2016.8.26.0000. Rel. Des. Costa Netto, j. 31.1.2017, v.u.; TJSP, 28ª CDPriv. Al nº 0081012-22.2012.8.26.0000. Rel. Des. Mello Pinto, j. 3.9.2012, v.u.; TJRJ, 8ª CC. Al nº 0054890-54.2018.8.19.0000. Rel. Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa, j. 4.12.2018, v.u.; TJRJ, 16ª CC. Rel. Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, j. 24.4.2018, v.u. Em precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, além da impossibilidade de penhora do bem alienado fiduciariamente, considerou-se também que não seria possível, por via recursal, pedido de retificação do termo de penhora, para que constasse não a penhora sobre o imóvel alienado fiduciariamente, mas sim sobre os direitos aquisitivos do devedor fiduciante (TJRJ, 3ª CC. Al nº 0013629-12.2018.8.19.0000. Rel. Des. Renata Machado Cotta, j. 25.5.2018, v.u.).

²⁷ STJ, 4ª T. REsp nº 622.898/SC. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 4.5.2010, v.u. *DJe*, 24 maio 2010.

²⁸ SANTOS, J. A. Penalva. Alienação fiduciária em garantia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 253, 1976. p. 76.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5. p. 472-473.

propriedade fiduciária, nada impede que o credor do proprietário fiduciário promova a penhora do referido crédito”.³⁰

Por outro lado, uma segunda corrente de pensamento admite a penhora para satisfazer obrigações do credor fiduciário. Não exatamente a penhora do imóvel dado em garantia, mas sim dos direitos creditórios de que o credor fiduciário é titular. Como, contudo, a propriedade fiduciária é direito acessório ao crédito, ela seria transmitida ao arrematante juntamente com os direitos creditórios: “em processo de execução contra o credor-fiduciário, o objeto da penhora será o direito creditório de que ele seja titular, incidindo, também, obviamente, sobre a propriedade fiduciária, que é direito acessório do crédito”.³¹

Assim, sendo levados a leilão os direitos creditórios do fiduciário, acompanhados da garantia fiduciária, o arrematante adquiriria o crédito e ficaria sub-rogado nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de alienação fiduciária, substituindo o credor fiduciário, de modo que, uma vez adimplido o crédito pelo fiduciante, seria obrigado a fornecer-lhe o termo de quitação, cuja averbação ensejaria o cancelamento do registro da propriedade fiduciária. Nessa linha, para Melhim Chalhub, por exemplo, “quanto ao credor-fiduciário, o objeto da penhora há de ser seu direito de crédito, acompanhado da propriedade fiduciária objeto da garantia”.³² E, ainda, para Tatiana Bonatti Peres:

será possível a penhora, em execução movida contra o credor fiduciário, do crédito de que é titular, vinculado à alienação fiduciária. Nesta hipótese, o arrematante que passe a ser titular do crédito, também se sub-rogará nos direitos e obrigações do contrato de alienação fiduciária.³³

Em suma, não se admite a penhora do imóvel alienado fiduciariamente por credores do devedor fiduciante, sendo controvertido se seria admissível por credores próprios do fiduciário.

Ao admitir a penhora dos direitos creditórios do credor fiduciário e, com isso, a transferência do imóvel ao arrematante, a segunda corrente parece-nos mais alinhada com a função promocional do direito das garantias. Evidentemente, caso

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5. p. 472-473.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação fiduciária de bens imóveis: aspectos de formação, execução e extinção do contrato. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 51, p. 235-252, 2001. p. 235-252.

³² CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 164.

³³ PERES, Tatiana Bonatti. *Temas de direito imobiliário e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 90.

o devedor fiduciante consiga quitar a obrigação principal, a propriedade do arrematante se resolverá, passando o imóvel ao domínio pleno do devedor.

Embora não se admita a penhora do imóvel alienado fiduciariamente por credores do devedor fiduciante, nada impede, contudo, como será visto a seguir, a penhora dos direitos do fiduciante oriundos do contrato, que integram o seu patrimônio enquanto não adimplida a obrigação principal.

3.2 Penhorabilidade do direito expectativo do devedor fiduciante

Se, por um lado, a penhora do imóvel alienado fiduciariamente em favor de outros credores do devedor fiduciante não deve ser admitida – afinal, com a alienação fiduciária ocorre a transferência da propriedade resolúvel do imóvel, deixando o devedor de ser proprietário do bem –, por outro não há nada que impeça a penhora dos direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato, que integram o seu patrimônio enquanto não adimplida a obrigação principal. Isso porque, mesmo depois de celebrada a alienação fiduciária, o devedor fiduciante ainda preserva certos direitos sobre o bem objeto da garantia, apesar de não ser mais titular do domínio. E tais direitos podem, inclusive, ser objeto de alienação. “O fiduciante pode alienar o que é seu: o seu direito à volta da propriedade”, afirmava Pontes de Miranda. Se é assim, então não há razão para se supor que não poderiam ser também penhorados.³⁴

Com a celebração da alienação fiduciária, o devedor fiduciante passa a ter em seu patrimônio um direito expectativo em relação ao bem objeto da garantia, qual seja, o direito de voltar a ser proprietário do bem tão logo a dívida subjacente à garantia seja devidamente quitada.³⁵ Tal direito expectativo tem sido qualificado pela doutrina como um “direito real de aquisição”. Como explica Moreira Alves, o direito expectativo do devedor fiduciante à recuperação da propriedade é direito real, porque “o direito expectativo é da mesma natureza que o direito expectado”.³⁶

Esse entendimento ficou tão consolidado no direito brasileiro que, em 2014, a Lei nº 13.043 alterou o Código Civil para incluir o referido art. 1.368-B, segundo o qual “a alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito

³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualização de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. LII. p. 433.

³⁵ SAAD, Renan Miguel. *A alienação fiduciária sobre bens imóveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 155-158.

³⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 155.

real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor”.³⁷ O devedor fiduciante tem, portanto, um direito expectativo de voltar a ser proprietário do bem, que tem natureza de direito real, com todas as características e consequências daí decorrentes, enquadrando-se “na categoria de direito real à aquisição, dispensada qualquer outra manifestação de vontade do atual proprietário, o credor (fiduciário)”.³⁸ Não se trata de simples expectativa de direito, mas antes de “um efetivo direito expectativo de caráter real, com efeito aquisitivo”.³⁹

Além de serem passíveis de transmissão por sua vontade – com a anuência expressa do credor, conforme disposto no art. 29 da Lei nº 9.514/1997 –,⁴⁰ como em geral ocorre com os direitos expectativos, são também transmissíveis “mortis causa, bem como susceptível de ser empenhado, arrestado, sequestrado, penhorado e arrecadado, porquanto é ele, sem dúvida, um direito atual”.⁴¹ E faz todo sentido que seja assim, na medida em que tais direitos têm valor econômico,

³⁷ No parágrafo único deste dispositivo, lê-se que “o credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem”.

³⁸ TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 1998. p. 39.

³⁹ DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 68.

⁴⁰ Lei nº 9514/1997: “Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações”.

⁴¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 155. Vale referir apenas que, por se tratar de direitos expectativos referentes à aquisição de um imóvel, tais direitos, de natureza real, seriam passíveis de hipoteca, e não de penhor, em razão do disposto no art. 80 do Código Civil: “Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II - o direito à sucessão aberta”. Ainda a respeito da possibilidade de os direitos de aquisição serem penhorados: “Será possível que a situação jurídica – tanto do fiduciário, quanto do fiduciante – possa ser penhorada? Inclino-me pela [resposta] positiva. Do lado do fiduciante, seja pela situação jurídica de propriedade em condição suspensiva (Chalhub, op. Cit. p. 149) ou mesmo um direito expectativo atual de natureza real (Alvez, op. Cit. p. 155), parece lógico que esse direito possa ser objeto de penhora, sequestro, arresto, etc. Da mesma forma a propriedade resolúvel do fiduciário. [...] [Eu] estaria propenso a admitir a penhora desse direito expectativo. Parece fora de dúvida que esse direito integra o patrimônio do fiduciante e possa ser penhorado. E, logicamente, pode ser registrada a penhora em tais circunstâncias. [...] ‘Processual civil. Locação. Penhora. Direitos. Contrato de alienação fiduciária. O bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constritos. Recurso especial provido’ (REsp nº 260.880-RS, rel. Min. Feliz Fischer, DOU 12.02.2001). Do mesmo relator: REsp nº 679821-DF. Penhora da propriedade fiduciária. E o fiduciário? Sendo titular da propriedade fiduciária e do crédito por ela garantido, o que nesse caso poderia ser penhorado? Aqui existe uma situação muito interessante. Se nós pensarmos que a propriedade fiduciária é um direito acessório que reforça o direito principal (o crédito), penso que a penhora deva ser desses direitos creditórios” (JACOMINO, Sérgio. Penhora – Alienação fiduciária de coisa imóvel – Algumas considerações sobre o registro. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 59, p. 194-202, 2005).

cuja aferição deverá levar em consideração, evidentemente, o valor de mercado do imóvel, do qual deverão ser descontados o valor do saldo devedor e todos os encargos contratuais.

Não é por acaso que, do rol dos bens penhoráveis do art. 835 do Código de Processo Civil, consta o direito real de aquisição (art. 835, inc. XII, do CPC),⁴² que evidentemente, possui valor econômico. Na jurisprudência, a penhora do direito expectativo do fiduciante é amplamente admitida,⁴³ reconhecendo-se também que, no caso específico da penhora, por se tratar de uma constrição judicial, a anuência do credor fiduciário sequer é necessária.⁴⁴

Segundo Melhim Chalhub, o valor econômico dos direitos aquisitivos, para efeito da penhora, merece especial atenção. Isso porque a aquisição definitiva do direito de propriedade, por parte do devedor fiduciante, pressupõe o pagamento da dívida, que em geral se faz de maneira parcelada. Assim, a apuração do valor econômico do direito aquisitivo penhorável deve levar em conta, entre outros fatores, o valor de mercado do bem, necessariamente descontando-se do valor apurado o saldo devedor e demais encargos contratuais. Dessa forma:

realizado o leilão dos direitos aquisitivos penhorados, o arrematante ficará sub-rogado nos direitos e obrigações do devedor-fiduciante, substituindo-o na relação contratual com o credor fiduciário; neste caso, torna-se titular dos direitos aquisitivos e obriga-se a resgatar o saldo da dívida em cumprimento da condição a que está subordinado o contrato.⁴⁵

Na doutrina, há quem discorde dessa opinião. No entendimento de Mauro Antônio Rocha, por exemplo, o arrematante desse direito não assume, automaticamente, a posição que o devedor possuía no contrato, na condição de fiduciante e com a obrigação de honrar o saldo da dívida. Para este autor, a arrematação de direitos reais de aquisição, ao inserir um terceiro interessado na relação jurídica, provoca os seguintes efeitos:

⁴² ROCHA, Mauro Antônio. Alienação fiduciária de bem imóvel. Do direito real de aquisição como objeto de garantia e penhora em execução de interesse de terceiros. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 84, p. 463-478, 2018.

⁴³ A exemplo dos seguintes acórdãos: STJ, 3ª T. AgInt no AREsp nº 1370727/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 25. 3.2019, v.u. *DJe*, 28 mar. 2019; STJ, 2ª T. REsp nº 1.697.645/MG. Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.4.2018, v.u. *DJe*, 25 abr. 2018; STJ, 2ª T. REsp nº 1.646.249/RO. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 3.4.2018, v.u. *DJe*, 24 maio 2018.

⁴⁴ STJ, 2ª T. REsp nº 1.703.548/AP. Rel. Min. Francisco Falcão, j. 9.5.2019, v.u. *DJe*, 14 maio 2019.

⁴⁵ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 164-167.

a) o credor fiduciário continua a ser titular de seus créditos e da propriedade fiduciária do imóvel; b) o devedor – ainda fiduciante – permanece obrigado a realizar a liquidação dos débitos contratados e, no caso de venda forçada, a ele será destinado o valor que sobejar aos créditos do fiduciário e do arrematante; c) ao arrematante, a aquisição dos direitos reais de aquisição implicará – apenas e tão somente – na transmissão da titularidade de direitos, que somente poderão ser realizados quando da liquidação da dívida ou naquilo que sobejar à dívida em eventual venda do imóvel.⁴⁶

Ao menos em teoria, a opinião de Mauro Antônio Rocha parecer fazer sentido até porque o que o arrematante está adquirindo são os direitos de aquisição que o devedor fiduciante tem em relação ao bem objeto da garantia, e não a sua posição jurídica como um todo. O problema é que, na prática, qual seria o interesse do devedor fiduciante de continuar a pagar as prestações, se, ao final, a propriedade será do arrematante? Do ponto de vista do credor fiduciário, não há problema, porque, se a dívida não for paga, ele pode excutir a garantia. Nesse caso, para evitar a excussão da garantia, o arrematante poderia solver o débito, sub-rogando-se – agora sim – nos direitos do credor fiduciário. Em termos práticos, então, embora não haja sub-rogação automática, é o que acabará acontecendo.

É importante deixar claro que a penhora e a arrematação judicial dos direitos do devedor fiduciante jamais poderão atingir ou comprometer o direito do credor fiduciário, que, enquanto não quitada a dívida, é o legítimo proprietário do bem objeto da garantia. Quando se penhoram os direitos do devedor fiduciante, pode-se dizer, então, que, em termos práticos, o que ocorre é a “substituição da pessoa do fiduciante originário pela pessoa do arrematante, que, juntamente com o recebimento dos direitos arrematados, assumirá também todas as responsabilidades inerentes à figura do fiduciante”.⁴⁷

⁴⁶ ROCHA, Mauro Antônio. Alienação fiduciária de bem imóvel. Do direito real de aquisição como objeto de garantia e penhora em execução de interesse de terceiros. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 84, p. 463-478, 2018.

⁴⁷ DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 69-70. No mesmo sentido: “Penhora dos direitos do fiduciário e do fiduciante. São penhoráveis tanto os direitos de credor-fiduciário como os do devedor-fiduciante. [...] De outra parte, se a execução for dirigida contra o devedor-fiduciante, o objeto da penhora será seu direito real de aquisição do domínio, isto é, o direito que tem o devedor-fiduciante de ser investido na propriedade plena do bem ao concluir o pagamento da dívida que o onera. Assim, cogitando-se de penhorar os direitos do devedor-fiduciante, o objeto da penhora não será a propriedade que ele ainda não tem, mas tão somente os direitos aquisitivos. [...] A penhora dos direitos do devedor-fiduciante não atinge o direito do credor-fiduciário, não ocorre alteração objetiva da obrigação; o que ocorre é apenas a substituição do devedor-fiduciante, que deixa de ser o devedor original e passa a ser o arrematante. Em qualquer dos casos – seja referindo-se aos direitos do credor-fiduciário ou aos direitos aquisitivos do devedor-fiduciante – a penhora deve ser registrada na matrícula do imóvel” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Alienação fiduciária de bens imóveis: aspectos de*

4 Instituição de outras garantias reais sobre o direito expectativo do devedor fiduciante: hipoteca, cessão e alienação fiduciária

Partindo-se da premissa de que os direitos do devedor fiduciante são passíveis de alienação e de penhora, não há razão para se supor que não poderiam ser objeto de outros negócios jurídicos, inclusive com função típica de garantia, como é o caso da hipoteca. Com efeito, “por ser de natureza real (ainda que expectativo), o direito do devedor (fiduciante) pode ser por este dado em hipoteca a terceiros”.⁴⁸

Como mencionado *supra*, em nota de rodapé, o direito expectativo do devedor fiduciante, por se tratar de um direito real de aquisição sobre bem imóvel (conforme o referido art. 1.368-B do Código Civil), considera-se imóvel para efeitos legais em razão da previsão do art. 80 do Código Civil, sendo passível, portanto, de hipoteca, e não de penhor, a despeito de opiniões em sentido contrário que, valendo-se da terminologia utilizada pelos arts. 17, inc. III, e 21 da Lei nº 9.514/1997, entendem que o direito real de aquisição do devedor fiduciante seria passível de caução.⁴⁹

De fato, ao comentar o art. 80 do Código Civil, Álvaro Villaça Azevedo e Gustavo Rene Nicolau explicam que “se o direito real sobre um bem imóvel é considerado pela lei como um bem imóvel, nada impede que ele seja oferecido em hipoteca, que recai justamente sobre bens imóveis. O artigo possibilita uma miríade de consequências legais diversas”.⁵⁰

Os direitos expectativos do devedor fiduciante podem ser objeto não só de hipoteca, mas também de alienação ou cessão fiduciária (alienação ou cessão fiduciária do direito expectativo), ainda que a propriedade resolúvel já tenha sido previamente alienada fiduciariamente.

A esse respeito, mas tratando de consórcio de veículos, e não de imóveis, Afranio Carlos Camargo Dantzger explica que tem sido crescente, no mercado

formação, execução e extinção do contrato. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 51, p. 235-252, 2001. p. 235-252). Veja-se, ainda: FABIAN, Christoph. *Fidúcia: negócio fiduciário e relações externas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 49-51.

⁴⁸ TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 1998. p. 40.

⁴⁹ Nesse sentido: “O aproveitamento do direito real de aquisição pode se dar também pela caução, admitida nos termos dos arts. 17, III, e 21 da Lei 9.514/1997, que pode ser feita por instrumento público ou particular e pode ser constituída tanto em favor do credor fiduciário quanto de outro credor qualquer, mediante registro no Ofício de Imóveis do contrato que lhe serve de título, conferindo ao credor ‘direito real sobre o direito real de aquisição pertencente ao devedor caucionante’” (ROCHA, Mauro Antônio. *Alienação fiduciária de bem imóvel. Do direito real de aquisição como objeto de garantia e penhora em execução de interesse de terceiros*. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 84, p. 463-478, 2018).

⁵⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. *In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. p. 190.

financeiro, a convivência em paralelo de duas operações: consórcio e financiamento bancário. Referida combinação de operações, explica o autor, “tem ocorrido quando os participantes de grupos de consórcios pleiteiam, perante as instituições financeiras, financiamentos para viabilizar o oferecimento de lances que lhes garantem, desde logo, a possibilidade de fazerem uso do bem consorciado”.⁵¹

O problema é que, enquanto, em tais casos, a administradora de consórcios se garante com a alienação fiduciária do bem adquirido com a carta de crédito, a instituição financeira acaba ficando descoberta de garantia real com relação ao financiamento. Essa circunstância, relata o autor, muitas vezes culmina na não realização do negócio.

É diante desse cenário que ele desenvolve a possibilidade de

aproveitamento do próprio bem consorciado e alienado fiduciariamente à administradora para, a partir dele ou dos direitos que dele possam decorrer, se constituir, também, uma garantia ao financiamento concedido pelo banco (que, a princípio, estaria desprovido de qualquer garantia).⁵²

Tal garantia seria justamente a cessão fiduciária do direito real de aquisição do devedor fiduciante.

A possibilidade de alienação ou de cessão fiduciária do direito expectativo do devedor fiduciante de modo algum se confunde com a instituição de uma garantia real de segundo grau sobre o bem imóvel, construção incompatível com a figura da alienação fiduciária.⁵³ Afinal, se o devedor não é mais proprietário do imóvel, não pode aliená-lo em segundo grau, restando-lhe apenas a possibilidade de alienar ou ceder fiduciariamente o direito expectativo – direito real de aquisição – de reaver o bem, caso a dívida seja, por qualquer motivo, extinta.

Na hipoteca, como não há transferência da propriedade, o imóvel continua integrando o patrimônio do devedor ou do terceiro garantidor, que podem, assim, oferecê-lo em garantia a outros credores. A hipoteca comporta, por isso mesmo, subsequentes graus. Já a alienação fiduciária não,⁵⁴ porque quem já alienou o

⁵¹ DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. Cessão fiduciária dos direitos do fiduciante – Financiamento bancário e consórcio. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 56, p. 77-92, 2012.

⁵² DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. Cessão fiduciária dos direitos do fiduciante – Financiamento bancário e consórcio. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 56, p. 77-92, 2012.

⁵³ “Inexistem propriedades fiduciárias de segundo grau, ou sucessivamente, porque o devedor não mais detém a propriedade, para transferi-la, com escopo de garantia” (PERES, Tatiana Bonatti. *Temas de direito imobiliário e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 88).

⁵⁴ Como afirma veementemente Melhim Namem Chalhub: “Essa regra é absolutamente incompatível com a natureza da garantia fiduciária e, portanto, a despeito de respeitável opinião doutrinária, não se aplica à propriedade fiduciária de bem imóvel, de modo que é juridicamente inadmissível constituir-se propriedades

imóvel – o devedor fiduciante – não poderá aliená-lo pela segunda e terceira vez, já que deixou de ser proprietário do imóvel logo na primeira alienação.⁵⁵ Assim:

descabe ao devedor fiduciante pretender oferecer em garantia o bem do qual detém simplesmente a posse, em 2º e/ou 3º grau(s) e, assim, sucessivamente, pois o bem não lhe pertence, diferentemente do que ocorre, v.g., com a hipoteca e o penhor, onde a sua propriedade é mantida até que se opere o registro do título aquisitivo pela arrematante/adquirente no Cartório do Registro de Imóveis competente ou se concretize a tradição da coisa móvel ao licitante a quem de direito.⁵⁶

Diferentemente da hipoteca, em que o aumento da dívida original ou a constituição de nova dívida exige, para estar garantido, novo título de hipoteca e novo registro em grau subsequente (por força do art. 1.476 do Código Civil), na alienação fiduciária é possível averbar-se o aumento da dívida original ou da nova dívida com o mesmo credor.

De fato, como explica a doutrina especializada:

por um novo contrato ou até mesmo por um aditivo ao contrato já existente, poderá ser estendida a garantia de alienação fiduciária à nova dívida ou obrigação para com o mesmo credor. A dívida não precisa nem mesmo ser consolidada. Podem efetivamente ser distintas entre si, que a extensão será possível. É extremamente diferente do que acontece com a hipoteca, que exige novo título e novo registro em grau diferente.⁵⁷

Conquanto não seja possível constituir uma alienação fiduciária de segundo grau, como se faz no caso da hipoteca, nada impede também que seja constituída a nova garantia fiduciária sob condição suspensiva, consistente na quitação do

fiduciárias em primeiro grau, segundo grau etc.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 259-260).

⁵⁵ Diz-se, por isso mesmo, que “o mais relevante efeito da segregação patrimonial do bem objeto da propriedade fiduciária é sua exclusão dos efeitos de eventual insolvência do devedor-fiduciante” (CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 259-260).

⁵⁶ SILVA, Luiz Augusto Beck da. *Alienação fiduciária em garantia: história, generalidades, aspectos processuais, ações, questões controvertidas, legislação e jurisprudência do STF, STJ, TJ-RS, TA-RS, entre outros tribunais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 134.

⁵⁷ MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação fiduciária: questões controvertidas*. *Boletim IRIB*, São Paulo, v. 353, 2015. p. 39.

primeiro débito e conseqüente resgate da dívida primitiva.⁵⁸ Com o implemento da condição, a segunda alienação fiduciária tornar-se-ia eficaz.⁵⁹ Não se trata aqui de constituir uma alienação fiduciária de segundo grau, pois a segunda alienação fiduciária ostentaria, desde a sua origem, a posição de primeiro grau, mas teria os seus efeitos suspensos até o implemento da condição.⁶⁰

A hipoteca e a alienação fiduciária são garantias bem diferentes, mas não necessariamente excludentes entre si. Quem hipoteca um imóvel pode, num segundo momento, aliená-lo fiduciariamente a outro credor (a hipoteca não retira do devedor o seu poder de dispor sobre o bem e, exatamente por isso, parece-nos que ele pode, posteriormente, oferecer o mesmo bem em alienação fiduciária),⁶¹

⁵⁸ Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5. p. 493. Questionando a possibilidade de se constituir mais de uma alienação fiduciária sobre o mesmo bem, cf. também FRANCO, Luiz Henrique Sapia. Notas sobre a alienação fiduciária em garantia imobiliária: questões (ainda) controvertidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 419, 2014. p. 134-135.

⁵⁹ Na opinião de Melhim Namem Chalhub, muito embora não se possa admitir a alienação fiduciária de segundo grau sobre o mesmo bem, “pode eventualmente ser admitida a alienação fiduciária da propriedade superveniente, tal como admitido pelo §3º do art. 1.361 do Código Civil, pelo qual a propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz a garantia fiduciária, bem como pelo §1º do art. 1.420 do Código Civil. Assim, a alienação fiduciária de imóvel já anteriormente alienado fiduciariamente (isto é, que não se encontra no patrimônio do devedor-alienante), só terá eficácia após verificada a condição suspensiva que enseja a aquisição da propriedade por parte do devedor-fiduciante, com a averbação, no Registro de Imóveis, do ‘termo de quitação’ da dívida garantida pela propriedade fiduciária anteriormente constituída. Nesse momento surge a propriedade superveniente a que aludem as disposições do Código Civil acima referidas e, em consequência, torna-se eficaz a nova garantia fiduciária” (CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 259-260).

⁶⁰ Veja-se, nesse particular, o Enunciado nº 506 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “Estando em curso contrato de alienação fiduciária, é possível a constituição concomitante de nova garantia fiduciária sobre o mesmo bem imóvel, que, entretanto, incidirá sobre a respectiva propriedade superveniente que o fiduciante vier a readquirir, quando do implemento da condição a que estiver subordinada a primeira garantia fiduciária; a nova garantia poderá ser registrada na data em que convencionada e será eficaz desde a data do registro, produzindo efeito *ex tunc*”. O referido enunciado, entretanto, não é pacífico, como se vê: “O preconizado no Enunciado nº 506, se adotado, inaugurará uma nova e nefasta fase no Registro de Imóveis do Brasil, qual seja o de acolher negócios sob condição suspensiva, em cuja esteira poderão ser acolhidas cessões de direitos hereditários, penhora de imóvel de terceiro etc.” (MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação fiduciária: questões controvertidas*. *Boletim IRIB*, São Paulo, v. 353, 2015. p. 39). Em sentido semelhante: “é possível celebrar, também, alienação fiduciária sujeita a condição suspensiva, a qual, contudo, poderá sofrer resistência para o acesso ao registro imobiliário” (PERES, Tatiana Bonatti. *Temas de direito imobiliário e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 86).

⁶¹ Em sentido contrário, defendendo não ser possível alienar fiduciariamente imóvel já hipotecado: “Hipoteca e propriedade fiduciária são direitos reais de garantia contraditórios ou compatíveis, se reciprocamente considerados? Penso que a resposta varia conforme a anterioridade de um ou de outro. Se a hipoteca for de constituição prévia, não pode o proprietário (devedor hipotecário) aliená-lo em garantia. Diversamente, a antecedente propriedade fiduciária não impede a posterior hipoteca, mas com peculiaridades próprias. A hipoteca pode objetivar o direito de propriedade (resolúvel, limitado ou restrito) do credor (fiduciário), sujeitando-se o credor hipotecário à resolução de sua hipoteca em face da consolidação da plena propriedade em nome do devedor (fiduciante), que resgatar sua dívida. Outra hipótese: hipoteca do direito expectativo do devedor (fiduciante), curvando-se o credor hipotecário à possibilidade de eventual ineficácia de sua garantia se e quando consolidada a plena propriedade em nome do credor (fiduciário) por força de inadimplemento do devedor (fiduciante), quando muito, o crédito hipotecário se sub-rogará no excesso

mas o segundo credor receberá a propriedade resolúvel do bem já gravada com a hipoteca constituída anteriormente, fato que pode gerar questionamentos. Outra alternativa, que parece menos controversa, é celebrar a alienação fiduciária, sujeitando-a à condição suspensiva de a hipoteca ser extinta. Na hipótese contrária, as duas garantias também podem conviver: o devedor fiduciante pode hipotecar o seu direito expectativo de novamente se tornar o proprietário do bem, direito real de aquisição que se sujeita, como visto, à hipoteca. O que ele não pode fazer é hipotecar o imóvel em si, que já fora objeto de alienação fiduciária.

5 Conclusão

O traço distintivo da alienação fiduciária, que a difere das demais garantias reais (como a hipoteca, por exemplo), é a transferência da propriedade do bem ao credor fiduciário. Na hipoteca, tal transferência não ocorre, preservando o devedor hipotecário não só a propriedade do imóvel, mas até mesmo a sua posse. Já na alienação fiduciária em garantia, ao revés, a propriedade é transferida para o credor, que passa a ser titular de direito real sobre coisa própria, mantendo o devedor a posse direta do bem. Dessa característica peculiar da alienação fiduciária decorrem todas as conclusões a que se chegou neste estudo:

- (i) o bem imóvel dado em alienação fiduciária não é passível de penhora por outros credores do devedor fiduciante, admitindo, inclusive, a oposição de embargos de terceiro pelo credor fiduciário;
- (ii) a possibilidade de o imóvel alienado fiduciariamente ser penhorado por credores do próprio credor fiduciário é controvertida;
- (iii) mesmo depois de celebrada a alienação fiduciária, o devedor fiduciante ainda preserva certos direitos sobre o bem objeto da garantia, apesar de não ser mais titular do domínio;
- (iv) trata-se do direito expectativo de voltar a ser proprietário do bem tão logo a dívida subjacente à garantia seja devidamente quitada;
- (v) esse direito expectativo assume a mesma natureza do direito expectado, podendo ser qualificado, portanto, como direito real, mais precisamente como direito real de aquisição;

restituível ao devedor (fiduciante) quando do posterior leilão" (TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 1998. p. 32-33).

- (vi) tal direito real de aquisição é transmissível, podendo ser também penhorado em favor dos credores do devedor fiduciante; e, finalmente,
- (vii) hipotecado em favor de outros credores, ou mesmo cedido ou alienado fiduciariamente.

Como se vê, não é à toa que a alienação fiduciária é considerada uma supergarantia. A vantagem que a alienação fiduciária proporciona ao credor da garantia é revelada desde o início da relação, ainda que o devedor, espontaneamente, realize a prestação principal à qual se vinculou, isto é, ainda que o credor não precise executar a garantia. Isso porque os efeitos decorrentes da alienação fiduciária não se operam apenas no momento patológico da relação, quando há o inadimplemento – muito embora seja nessa fase que o credor mais precise dela –, mas, sim, concretamente, desde o início, quando a propriedade do bem é transferida para o credor.

Celebrada a alienação fiduciária, o credor já passa a ser o proprietário do bem, podendo inclusive requerer a restituição do imóvel dado em garantia em caso de falência do fiduciante. Ao aumentar a probabilidade de satisfação do crédito, a alienação fiduciária também torna o credor mais propenso a emprestar capital em condições menos onerosas para o devedor, favorecendo o acesso ao crédito e, assim, servindo de estímulo ao financiamento das atividades econômicas.

De tudo isso se depreende que, para além de uma vocação repressiva, que inegavelmente guardam, as garantias – e, em particular, a alienação fiduciária – ostentam também finalidade eminentemente promocional. Não podem, por isso mesmo, apenas ser vistas como uma espécie de sanção à violação do crédito.⁶² Como já afirmamos em outra oportunidade:

as garantias representam, assim, um instrumento poderoso que atende, a um só tempo, aos interesses do credor, ao lhe assegurar o resultado útil programado, e do devedor, que passa a ter acesso ao crédito (e acesso mais barato). E tanto mais útil será esse instrumento quanto mais hígida se mantiver a garantia.⁶³

⁶² Cfr. RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 147-148.

⁶³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, apresentação do livro.

E, no caso específico da alienação fiduciária, tanto mais útil será esse instrumento quanto mais se puder potencializá-lo, permitindo que outras garantias possam recair sobre o direito real de aquisição que o devedor fiduciante mantém consigo, mesmo depois de ter transferido a propriedade resolúvel do bem para o credor fiduciário.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 22, p. 243-263, out./dez. 2019. DOI:10.33242/rbdc.2019.04.011.
