

A Penhora dos Direitos do Fiduciante

Danilo Ferraz Córdova¹

Sumário: 1 - Introdução. 2 - Alienação Fiduciária em Garantia. - 2.1 Histórico. - 2.2 Histórico Brasileiro. - 2.3 Conceito. - 2.4 A Posse da Propriedade Fiduciária. - 2.5 Direitos do Fiduciante e do Fiduciário. - 3 - Da Penhora. - 3.1 Conceito. - 3.2 Procedimento. - 3.3 Bens Penhoráveis. - 4 - A Penhora dos Direitos do Fiduciante. - 5 - Bibliografia.

1 - Introdução

Neste artigo, analisam-se dois institutos de ramos distintos do direito, quais sejam a alienação fiduciária em garantia, instituto do direito civil, e a penhora, instituto do processo civil.

Entretanto, não é a intenção do presente trabalho abordar, com profundidade, todos os itens de cada instituto; serão aprofundados apenas os itens de relevância para a elucidação e compreensão do tema. Vale, assim, definir quais seriam esses principais temas que serão abordados.

Com relação ao instituto da alienação fiduciária em garantia, será abordado, principalmente, o tema dos direitos do fiduciante, não todos os direitos, mas aqueles que poderão ser passíveis de constrição judicial.

Com relação ao instituto da penhora, analisar-se-á a possibilidade de a penhora recair sobre direitos, já devidamente legalizado no artigo 655, inciso XI do Código de Processo Civil.

Portanto, através deste trabalho, há a pretensão de elucidar qualquer problema que os operadores do direito tenham com relação à possibilidade ou não de a constrição judicial recair sobre o direito do fiduciante.

Será demonstrado que a incidência da constrição judicial dos direitos do fiduciante não interfere nos direitos de terceiro, pois a penhora jamais poderá atingir bens ou direitos alheios aos do executado, e através desse instituto a garantia processual terá o seu fim almejado, qual seja a satisfação do direito do credor.

2 - Alienação Fiduciária em Garantia

2.1 - Histórico

O instituto da fidúcia foi contemplado de maneira vaga na Lei das XII Tábuas, segundo Paulo Restiffe Neto, repousando, exclusivamente, na lealdade e na honestidade de uma das partes da relação, o fiduciário, correspondente, por isso mesmo, à boa-fé e à confiança nele depositadas pela outra, o fiduciante (1976, p. 1).

O Direito Romano, segundo Luiz Augusto Beck da Silva, conhecia as seguintes espécies de fidúcia (2001, p. 6):

a) *Fiducia cum amico*: consistia em um amigo entregar a outro uma coisa com transferência da propriedade, para dela fazer uso até ser pedida em restituição.

b) *Fiducia cum creditore*, *fiducia cum creditore contracta (Pignus)* ou *fiducia pignoris causa cum creditore*: por força de um contrato, o devedor transferia a propriedade da coisa ao credor, em garantia do pagamento de um débito, comprometendo-se o credor a retransmitir a propriedade ao devedor após o recebimento do que lhe era devido.

c) *Fiducia remanipationis causa*: representava um pacto através do qual o *pater familias* vendia seu próprio filho a outro *pater familias*, com a obrigação deste em libertá-lo em seguida, a fim de que se alcançasse o fim visado, a emancipação do filho.

2.2 - Histórico brasileiro

Conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa, no seu "Direito Civil: Direitos Reais", a alienação fiduciária em garantia foi introduzida originalmente em nossa legislação para dar substrato aos contratos de financiamento, precipuamente de bens móveis e duráveis (2003, p. 553).

A lei estruturadora do mercado de capitais, qual seja a Lei nº 4.728/65, criou o instituto no ordenamento pátrio, sendo que, em seguida, esse instituto ganhou contornos através do Decreto-lei nº 911/69, sendo alterado, em alguns artigos, pela nova Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004.

¹ Advogado militante. Mestrando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Instituto Latino-Americano de Direito Comparado. Membro da Comissão de Concorrência e Regulação Econômica da OAB/MG. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho. Endereço eletrônico: danilocordova@gmail.com.

O novo Código Civil, nos artigos 1.361 a 1.368, tentou dar contornos gerais à matéria. Portanto, as disposições de direito material atualmente são reguladas pelo Código Civil, e não mais pelo Decreto-lei 911/69.

Os princípios expostos naquele Decreto-lei permanecem, tendo em vista que foram utilizados para a elaboração dos artigos referentes à propriedade fiduciária no atual Código Civil.

Muitos autores alegam que o instituto da alienação fiduciária em garantia da legislação pátria foi inspirado no sistema anglo-saxão, que, naquele país, se denomina *trust receipt*.

Entretanto, há duas diferenças básicas entre o instituto pátrio e o alienígena:

a) No sistema estrangeiro, o instituto atende a financiamento de revendedores de bens duráveis, ou seja, a empresa, o comerciante, o revendedor e o instituto pátrio têm como fim o consumidor final;

b) O *trust receipt* baseia-se primordialmente na confiança, sendo possível a alienação sem a quitação da dívida; esse elemento no direito pátrio não é primordial, tendo em vista os rigorosos mecanismos de proteção ao credor.

2.3 - Conceito

O Código Civil tentou conceituar o instituto em linhas gerais ao tratar da propriedade fiduciária em seu artigo 1.361, *in verbis*:

Art. 1.361 - Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

Portanto, a definição do professor Luiz Augusto Beck da Silva, no seu *Alienação Fiduciária em Garantia*, é bastante elucidativa no presente momento:

Negócio jurídico bilateral, oneroso, acessório (o principal é o contrato de mútuo ou de financiamento, seguindo-lhe o de alienação fiduciária) e formal (escrito público ou particular), através do qual uma das partes da relação, o credor, adquire o domínio resolúvel e a posse indireta de bem móvel durável, infungível, inconsumível e alienável recebido em garantia de financiamento efetuado pelo alienante ou devedor, possuidor direto e depositário da coisa com todas as responsabilidades e encargos que lhe são inerentes (SILVA, 2001, p. 53).

Nota-se que o legislador e o ilustre professor fazem menção única e exclusivamente a coisa móvel infungível.

Insta salientar que esse é um bom conceito para o instituto da alienação fiduciária em garantia, porém não aborda a possibilidade de a alienação fiduciária em garantia incidir sobre bens imóveis.

Entretanto, totalmente compreensível esse fato, pois a Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, é posterior ao lançamento do livro *Alienação Fiduciária em Garantia*, do professor Luiz Augusto Beck da Silva.

Sendo assim, vale transcrever, no momento, o preceito contido no artigo 22, parágrafo primeiro, da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997:

Art. 22 - A alienação fiduciária regulada por esta Lei 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.

§ 1º - A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam o SFI, [...].

Portanto, tanto o bem móvel quanto o imóvel poderão ser objetos da alienação fiduciária em garantia.

Sendo assim, podemos citar a definição de propriedade fiduciária, da nobre e conceituada professora Maria Helena Diniz:

É a decorrente da alienação fiduciária em garantia, que consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de coisa móvel infungível e de um bem imóvel, como garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida (DINIZ, 2002, p. 836).

Outra definição completa pode ser dada pelo professor César Fiúza:

Alienação fiduciária em garantia é o contrato pelo qual uma pessoa, o devedor fiduciante, a fim de garantir o adimplemento de obrigação e mantendo-se na posse direta, obriga-se a transferir a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra pessoa, o credor fiduciário,

que fica adstrito a retransmitir o direito de propriedade ou a titularidade do direito ao devedor fiduciante, assim que paga a dívida garantida (FIUZA, 2002, p. 924).

Para que tenhamos maior clareza sobre a prática do ato de alienação fiduciária em garantia, será esclarecido e analisado como ocorre esse ato.

É certo que na fase inicial da relação negocial há a participação do vendedor, empresário, comerciante ou fornecedor, vendendo o bem ao fiduciante, ou consumidor – com o dinheiro emprestado do fiduciário –, que posteriormente irá aliená-lo ao credor fiduciário.

Entretanto, pode acontecer que o próprio fiduciário compre o bem diretamente do vendedor.

Após esse acontecimento, o fiduciante fica com a posse direta do bem, e deverá quitar a sua dívida junto ao fiduciário, conforme estipulado em contrato previamente pactuado.

Vale lembrar que na grande maioria das vezes o fiduciário é uma instituição financeira.

Olhando, rapidamente, poderíamos concluir que se trata de uma relação tríplice, porém o vendedor não adentra na relação fiduciária, pois este recebe integralmente, do fiduciário, o valor do bem vendido, não lhe restando mais nenhum direito ou dever.

Vale lembrar que, no contrato de alienação fiduciária, assim como nos contratos de penhor e hipoteca, há a constituição da propriedade fiduciária, ou seja, modalidade de garantia real; porém, há distinção entre esses institutos, sendo importante, neste momento, a lição do nobre professor Silvio de Salvo Venosa:

Tanto na dicção do art. 66 da Lei nº 4.728/65, quanto do art. 22 da Lei nº 9.514/97, bem como agora com maior razão na forma do art. 1.361 do novo Código Civil, conclui-se que o credor adquire a propriedade resolúvel da coisa alienada. O devedor fiduciário permanece com a posse direta do bem, de molde que o usufrua. O art. 1.361, § 2º, do novo Código Civil optou por declarar expressamente que “com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa”. Nesse aspecto se situa a particularidade fiduciária do negócio. O bem é transferido para fins de garantia. Sob esse aspecto, não se confunde com os direitos reais de garantia do Código, penhor, hipoteca e anticrese, porque nestes existe direito real limitado, enquanto na alienação fiduciária opera-se a transferência do bem. Quem aliena não grava. O devedor fiduciante aliena o bem ao credor. No penhor e na hipoteca, o credor tem direito real sobre a própria coisa (VENOSA, 2003, p. 552/553).

2.4 - A Posse da Propriedade Fiduciária

Tendo em vista que o presente trabalho tem como tema “a penhora dos direitos do fiduciante”, deve-se abordar o tema da posse e da propriedade do bem sob garantia fiduciária.

O artigo 66 do Decreto-lei 911/69 preceitua que:

Art. 66 - A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse direta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Sendo assim, o fiduciante tem a posse direta do bem, não a propriedade, não tendo disponibilidade da coisa; enquanto que o fiduciário tem a posse indireta daquele bem, permanecendo com a propriedade até o final do pagamento do valor financiado.

Deve ser frisado que deverá constar no registro do imóvel ou no documento do respectivo bem móvel que aquele determinado bem está sob garantia fiduciária, para que um terceiro tome ciência que aquele é possuidor direto, não o proprietário da coisa.

Extremamente importante a constatação no registro ou no documento do bem, para que, caso o bem venha a ser, por exemplo, penhorado, caso o fiduciante esteja sendo executado por dívida sua, possa o fiduciário propor os embargos de terceiro, demonstrando que aquele bem não é de propriedade do executado/fiduciante, pois esse tem somente a posse direta do bem.

2.5 - Direitos do Fiduciante e do Fiduciário

O já citado e renomado professor Luiz Augusto Beck da Silva enumera, perfeitamente, os principais direitos do fiduciante, assim como do fiduciário, devendo, nesse momento, ser transcrito.

Os principais direitos do Fiduciário são:

I. Receber o valor integral da dívida;

- II. Poder vender a coisa a terceiros, em caso de inadimplemento da obrigação garantida;
 - III. Considerar, de pleno direito, todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial, nas situações previstas em lei, ou, legitimamente, no contrato;
 - IV. Fazer uso da Ação de Busca e Apreensão;
 - V. Utilizar a via dos Embargos de Terceiros se o bem que lhe foi alienado for penhorado por outro credor.
- No lado oposto, encontra-se o Fiduciante, que tem como principais direitos:
- I. Exercer a posse direta do bem;
 - II. Obter a liberação do bem pelo credor, por ocasião do pagamento integral da dívida;
 - III. Lançar mãos da Ação de Consignação em Pagamento;
 - IV. Utilizar as Ações Possessórias;
 - V. Receber o saldo porventura apurado com a venda da coisa a terceiros.

Devem ser enfatizados os itens II e V dos direitos do fiduciante, assim como o item II dos direitos do fiduciário, enumerados acima, pois, após analisar o instituto da penhora, verificar-se-á que os direitos do fiduciante poderão ser constrictos, entretanto o direito do fiduciário terá relação com o direito do fiduciante estipulado no item V.

O item II dos direitos do fiduciante informa que, após o pagamento integral, ou seja, a quitação de todas as parcelas, devidamente ajustadas contratualmente, o fiduciante não mais será mero possuidor da coisa, mas sim o seu proprietário, devendo o fiduciário entregar ao fiduciante o termo de quitação, que será entregue ao oficial do competente cartório, que efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária, conforme preceitua o artigo 25 da Lei 9.514/97.

O quinto item tem relação com a alienação do bem sob garantia fiduciária para terceiro, ou seja, caso o fiduciário aliene a propriedade fiduciária para um terceiro, com prévia notificação e aceitação do fiduciante, o possuidor direto terá direito de receber o saldo apurado das parcelas devidamente quitadas.

Poderá ocorrer, também, que o fiduciante queira vender o bem a um terceiro, sendo totalmente possível, caso o fiduciário concorde com a alienação e a forma de pagamento.

Com relação ao item II dos direitos do fiduciário, este poderá alienar o bem, caso o fiduciante não quite as parcelas referentes à obrigação pactuada no contrato de alienação fiduciária, porém, terá direito, o fiduciante, ao valor das parcelas pagas, caso contrário caracterizar-se-á o enriquecimento ilícito do fiduciário.

3 - Da Penhora

3.1 - Conceito

A penhora é a garantia do credor, para que seja satisfeito o fim da execução, através da apreensão material dos bens, créditos e/ou direitos do devedor, colocando estes à disposição do Juízo. Daí a importância de a penhora ser efetivada regulamente. Caso contrário, haveria o risco de frustrar-se o direito do credor.

Inicia-se este capítulo com esta definição de penhora para que não restem dúvidas sobre a importância deste instituto para a garantia dos direitos do credor.

O instituto da penhora está contido no Livro II, título II, Capítulo IV, Da Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente, do Código de Processo Civil.

Conforme leciona o professor Humberto Theodoro Júnior:

A execução por quantia certa é, como já se afirmou, um serviço público que o Estado realiza dentro da função jurisdicional, à custa de bens particulares (THEODORO, 2003, p.176).

Assim, preceitua o artigo 646 do Código de Processo Civil que a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor.

Portanto, através desse procedimento, visa o Estado, por meio da sua função jurisdicional, o pagamento coativo da dívida, seja através de um título executivo judicial, seja por um título executivo extrajudicial.

Para conceituar o instituto da penhora, cita-se o ilustre professor Araken de Assis:

Indubitavelmente, a penhora constitui ato específico de intromissão do Estado na esfera jurídica do obrigado, mediante a apreensão material, direta ou indireta, de bens constantes no patrimônio do devedor (ASSIS, 2002, p. 603).

3.2 Procedimento

A petição inicial conterá, obrigatoriamente, o título executivo (judicial ou extrajudicial) que não foi devidamente quitado pelo devedor, além dos requisitos essenciais elencados no artigo 282 do Código de Processo Civil.

Posteriormente, o juiz verificará se a petição inicial preenche todos os requisitos essenciais, e deferirá o despacho citatório, onde o executado será citado para pagamento em 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de penhora.

Decorrido o prazo legal de 48 (quarenta e oito) horas, o oficial de justiça retornará ao local onde ocorreu a citação e irá penhorar tantos bens quantos forem necessários para a garantia da execução.

A penhora é, para vários doutrinadores do direito, o mais importante instituto do processo de execução por quantia certa contra devedor solvente.

O processo de execução não visa o contraditório, comprova-se esse fim através do ato citatório, pois o executado não é citado para se defender, mas sim para pagar a dívida devida.

Entretanto, a execução poderá prejudicar o devedor ou até mesmo conter nulidades a execução.

O professor Humberto Theodoro Júnior leciona sabiamente sobre os embargos no processo de execução:

São os embargos a via para opor-se à execução forçada. Configuram eles incidentes em que o devedor, ou terceiro, procura defender-se dos efeitos da execução, não só visando evitar a deformação dos atos executivos e o descumprimento de regras processuais, como também resguardar direitos matérias supervenientes ou contrários ao ato executivo, capazes de neutralizá-lo ou de reduzir-lhe a eficácia, como pagamento, novação, compensação, remissão, ausência de responsabilidade patrimonial etc. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 261).

3.3 - Bens Penhoráveis

Conforme preceitua o artigo 655 do Código de Processo Civil, são penhoráveis:

- I. Dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação financeira;
- II. Veículos de via terrestre;
- III. Bens móveis em geral;
- IV. Bens imóveis;
- V. Navios e aeronaves;
- VI. Ações e quotas de sociedades empresárias;
- VII. Percentual do faturamento da empresa devedora;
- VIII. Pedras e metais preciosos;
- IX. Títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação no mercado;
- X. Títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- XI. Outros direitos.

Vale lembrar que, conforme preceito contido no artigo 620 do Código de Processo Civil, o juiz deverá mandar que se promova a execução através do meio menos gravoso ao executado.

Entretanto, esse artigo somente tem que ser aplicado caso o executado esteja de boa-fé, ou seja, não esteja se furtando ao ato citatório, ofereça bens à penhora, bem como não pratique atos que procrastinam o feito.

Sendo assim, sabidamente o legislador colocou, na ordem dos bens penhoráveis, os demais direitos do devedor no último inciso do artigo 655 do Código de Processo Civil, pois esses direitos representam uma expectativa futura para concretizar a sua realização, conforme leciona com maestria o nobre professor Enrico Túlio Liebman, se não veja-se:

Estes direitos, no momento da penhora, representam apenas a expectativa de um bem que se espera do tempo futuro, cujo fundamento e realização dependem de variadas circunstâncias de caráter jurídico, econômico e até pessoal (LIEBMAN, 1980, p. 135).

Ou seja, deve-se ter em mente que a penhora de direitos irá garantir o juízo. Entretanto, essa constrição judicial dependerá de um fato futuro, pois representa uma expectativa de que aquele direito irá se realizar no futuro, dependendo de vários acontecimentos de caráter jurídico.

Vale, nesse momento, transcrever os ensinamentos do professor Luiz Carlos de Azevedo:

O direito alcançado pela penhora, se constitui a expectativa de um recebimento futuro, deverá vir revestido de condições e viabilidade, no conserto de direitos e obrigações, pois, não sendo assim, nenhuma garantia se estará obtendo para a execução; além disso, com o alargamento

do conceito de probabilidade, somente se conseguirá invadir a esfera da universalidade de bens de terceiros, inteiramente alheios aos interesses em causa, de sorte a provocar a reação destes, com inevitável retardamento da ação principal (AZEVEDO, 1994, p. 156).

Portanto, deve-se ter bastante cuidado ao realizar esse tipo de penhora, pois, como se está falando de penhora de direitos, necessitando de uma expectativa futura, muito provavelmente haverá uma relação entre o executado e um terceiro que o exequente jamais poderá adentrar, pois, caso a constrição judicial afete direitos de terceiros, mesmo que ínfimos, terá todo o direito, e com razão, o terceiro de propor embargos de terceiros, para que cesse esse o abalo ao seu direito.

4 - A Penhora dos Direitos do Fiduciante

Conforme supra mencionado, a penhora no presente caso deverá recair sobre direitos do executado, quais sejam os direitos relacionados à alienação fiduciária.

Deve-se ter cuidado na realização dessa constrição judicial, conforme mencionado no item 3.3, pois o exequente jamais poderá prejudicar os direitos do credor fiduciário, pois este último tem a propriedade e a posse indireta do bem, conforme visto no item 2.4.

Antes de adentrar no tema em questão, deve estar claro, conforme devidamente elucidado acima, que o fiduciante possui apenas a posse direta da coisa, não sendo o seu proprietário.

Outro requisito sobre o qual também não deverá haver dúvidas é que a penhora somente poderá incidir sobre bens, direitos ou créditos do próprio executado, não podendo um bem que pertença a um terceiro, que não integra a lide, garantir a execução.

Portanto, esse é o problema que está sendo analisado, pois a penhora dos direitos do fiduciante deverá ser feita com bastante cuidado, pois jamais deverá ser prejudicado um terceiro de boa-fé.

A penhora de direitos, conforme analisado, representa uma expectativa futura para concretizar a sua realização. Portanto, no presente caso, qual seria essa realização futura para concretizar a sua realização?

Conforme mencionado no item 2.5, o fiduciante possui vários direitos na elaboração do contrato de alienação fiduciária em garantia, porém, existem dois direitos, em particular, que poderão ser objetos de constrição judicial, quais sejam obter a liberação do bem pelo credor, por ocasião do pagamento integral da dívida, e receber o saldo porventura apurado com a venda da coisa a terceiros.

A primeira hipótese de incidência da constrição judicial sobre direitos do fiduciante é a rescisão contratual pelo adimplemento da obrigação por ambas as partes, ou seja, a relação fiduciária se estabelece da seguinte forma:

O fiduciário, geralmente uma instituição financeira, compra de um comerciante o bem, tornando-se proprietário deste. Em seguida pactua um contrato de alienação fiduciária em garantia com o fiduciante, ficando este com a posse direta do bem, não sendo o seu proprietário, pois essa transferência de propriedade ocorrerá após o adimplemento do contrato, sendo normalmente o pagamento das parcelas estipuladas no contrato pactuado.

Portanto, findo o contrato, o fiduciante tornar-se-á o proprietário daquele bem, e, sendo assim, como aquele direito fora devidamente penhorado, tendo, o executado, a expectativa futura para a realização de um ato, neste caso o fiduciante tornando-se o único proprietário do bem.

Sendo assim, será substituída automaticamente a penhora, pois inicialmente estava incidindo sobre aquele direito e agora recairá sobre o próprio bem, pois nesse momento o fiduciante é o proprietário do móvel ou imóvel.

João Roberto Parizatto leciona sobre o tema:

Admissível, contudo, é a constrição judicial dos meros direitos do devedor fiduciante (*RT* 587/118). Tais direitos só serão adquiridos após a extinção da dívida, quando o bem alienado fiduciariamente passará de fato a pertencer ao devedor fiduciante. Aliás, o art. 655, X do Código de Processo Civil permite a penhora de direitos e ações, entre os quais há de se entender o direito futuro do devedor sobre o bem objeto de alienação fiduciária nos moldes do Decreto-lei citado (PARIZATTO, 1998, p. 61).

O outro direito que poderá ser penhorado é o recebimento do saldo porventura apurado com a venda da coisa a terceiros.

Este fato é de simples explicação, ou seja, caso haja um terceiro que queira comprar o móvel ou imóvel do fiduciante, não haverá maiores problemas.

Portanto, deverá o fiduciante comunicar o fato ao fiduciário e caso esse aceite a alienação e a forma de pagamento, não haverá problemas para concretizar o compra e venda do bem.

Entretanto, o fiduciante, provavelmente, já quitou algumas parcelas referentes ao contrato de alienação fiduciária estipulado entre o próprio fiduciante e o fiduciário; sendo assim, após a alienação do bem a um terceiro, o fiduciante terá direito ao valor correspondente ao que ele quitou junto ao fiduciário, e, caso não haja esse repasse do valor devido ao fiduciante, caracterizar-se-á o enriquecimento ilícito do fiduciário.

Outra hipótese de alienação do bem a terceiro é no caso de inadimplemento da obrigação pactuada por parte do fiduciante, conforme demonstrado no item 2.5 acima.

Caso o fiduciante não quite as parcelas devidamente pactuadas no contrato celebrado, o fiduciário terá o direito de vender o bem a um terceiro.

Entretanto, terá, o fiduciante, direito sobre as parcelas já pagas durante a vigência do contrato, pois, conforme mencionado, caso não seja feito esse repasse, caracterizar-se-á o enriquecimento ilícito do fiduciário.

Vários autores se manifestaram sobre o tema, dentre eles Paulo Restiffe Neto e Theotônio Negrão, ao comentar o artigo 649 do Código de Processo Civil:

Em conseqüência, não pode incidir, por exemplo, penhora sobre a coisa em execução contra fiduciante. Este não é proprietário do bem, mas apenas o seu possuidor, com responsabilidade de depositário. Possui apenas o direito atual à posse direta e expectativa do direito futuro à reversão, em caso de pagamento da totalidade da dívida garantida, ou ao eventual saldo excedente, em caso de mora propiciadora da excussão por parte do credor. Logo, qualquer penhora só poderia eficazmente recair sobre eventuais direitos do fiduciante (RESTIFFE NETO, 1998, p. 130).

Nada impede, porém, que sejam penhorados os direitos do adquirente fiduciário, em execução contra este (RT 508/63, Lex-JTA 154/66, RJ 253/93, caso de arresto) (NEGRÃO, 1999, p. 656/657).

Portanto, depois de analisado que o fiduciante tem a posse direta do bem e que é possível a constrição judicial de direitos do executado, nada impede que sejam penhorados os direitos do executado referentes ao contrato de alienação fiduciária em garantia.

Esses direitos, devidamente penhorados, irão garantir a execução, ou seja, o devido fim almejado pela constrição judicial, e, caso a execução não satisfaça os direitos do exequente, ao executado quitar o débito devido com o fiduciário e ocorrer a transferência definitiva do móvel ou imóvel, tal penhora será substituída pela constrição do próprio bem; neste momento, pertencerá o bem ao próprio devedor, resguardando-se, assim, direitos de terceiros.

Caso não haja a quitação do débito, e sim a alienação a terceiro, terá o fiduciante direito ao valor já pago, e sendo este direito referente ao valor já pago objeto da garantia do juízo.

5 - Bibliografia

- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da penhora*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do artigo 66 da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária, e dá outras providências. *In: Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal*. Organização por Yussef Said Cahali. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1.050 e 1.051.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *In: Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal*. Organização por Yussef Said Cahali. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 261 a 539.
- BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *In: Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal*. Organização por Yussef Said Cahali. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 785 a 960.
- BRASIL. Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, n. 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva. 2002.
- FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Túlio, *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.
- PARIZATTO, João Roberto. *Da penhora e da impenhorabilidade dos bens*. São Paulo: Ed. LED, 1998.
- RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

SILVA, Luiz Augusto Beck da. *Alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.
THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: direitos reais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.