

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E
DESENVOLVIMENTO

DIRCEU HOFFMANN

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS
IMÓVEIS NO BRASIL

GOIÂNIA

2012

DIRCEU HOFFMANN

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS
IMÓVEIS NO BRASIL**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Falconi

GOIÂNIA

2012

H711a Hoffmann, Dirceu

Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis
[manuscrito] / Dirceu Hoffmann. – 2011.

167 f. : il.

Bibliografia: f. 156-161.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica
de Goiás, Goiânia, 2011.

“Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Falconi”.

1. Alienação fiduciária. 2. Hipoteca. 3. Brasil. Lei n.
9.514, de 20 de novembro de 1997. I. Pontifícia Universidade
Católica de Goiás. II. Falconi, Luiz Carlos. III. Título.

CDU: 347.27(043.3)

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS NO
BRASIL**

Aluno: Dirceu Hoffmann

Comissão Examinadora:

Orientador
Prof. Dr. Luíz Carlos Falconi – PUC Goiás

Prof. Dr. Haroldo Reimer
(Membro) – PUC Goiás

Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves
(Membro) – UFG

GOIÂNIA

2012

DEDICATÓRIA

Esta dissertação é dedicada à Erika, minha esposa, à Valentina e à Catarina, minhas filhas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Luiz Carlos Falconi – conheci-o ainda como aluno extraordinário –, que me estimulou a buscar a aprovação no processo seletivo e me orientou ao longo deste trabalho.

Aos Professores Germano Campos Silva, Haroldo Reimer, Gil César Costa de Paula, José Antonio Tietzmann e Silva e Jean Marie Lambert, com os quais tive a oportunidade de aprender muito sobre o direito e sobre a vida.

Agradeço ainda aos meus pais, irmãos, cunhados e sobrinhos e toda a turma lá de Toledo.

Agradeço também a todos os colegas do Escritório, que entenderam o motivo da porta ficar fechada no período da tarde.

RESUMO

A Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, instituiu a alienação fiduciária em garantia para coisas imóveis. Dessa forma, o mercado imobiliário entrou em contato com uma nova garantia real, embora já fosse utilizada desde 1969 para bens móveis, a qual objetiva otimizar a relação entre construtoras, adquirentes e agentes financeiros. Apresentando-se como uma alternativa, no sentido de trazer maior segurança para as partes, a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis é o objeto de estudo da presente dissertação. Assim, esta pesquisa analisa desde a sua origem histórica e influências na caracterização do negócio fiduciário implantado no Brasil até as suas diferenciações com as outras formas de garantia existentes na legislação pátria. Também faz o exame da alienação fiduciária em garantia de maneira geral, com seus desdobramentos, suas consequências e sua formalização. Finalmente, são apreciadas, à luz da Lei nº 9.514/97, que instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário, os certificados de recebíveis imobiliários, a securitização, que colocou em vigor a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, as características contratuais desse instituto, os aparatos legais nos casos de inadimplência e os procedimentos cabíveis que objetivam trazer segurança jurídica às partes envolvidas.

Palavras-chave: Alienação fiduciária. Garantias reais. Imóveis; Lei nº 9.514/97.

ABSTRACT

On November 20th, 1997, the 9.514 act instituted “Fiduciary Relationship in guarantee of wells real estate” (similar to legal mortgage). By this act, a new type of security interest has entered on real estate market, despite it has being used in moveables since 1969, this type of security has aimed the improvement in the relation among construction companies, buyers and financial institutions. This type of interest security presents itself as an alternative to bring more legal security to the involved ones and this it would be the object of study in this thesis. Thus, this research will examine the historical origins and their influence in the characterization of fiduciary relationship established in Brazil to differentiate this one with other types of security. It also will examine the chattel mortgage in general, its consequences and its formalization. Finally will be evaluated through 9.514/97 act which established the Housing Finance System, the mortgage-backed securities, securitization, and put into force the chattel mortgage of real property, the contractual features of this institute, the legal apparatus in cases of default and the applicable procedures that aim to bring legal certainty to the involved parties.

Keywords: Fiduciary Relationship. Real estate and Security Interest. Ttrust.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1	Cibrasec – Mercado secundário de crédito	73
Quadro 2	Inadimplência de Pessoa Física – Acima de 90 dias em relação ao total da modalidade	77
Quadro 3	Linhas de financiamento para pessoa física do Banco do Brasil	104

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	Edital de leilão	119
-----------------	------------------------	-----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
BACEN	Banco Central do Brasil
BNH	Banco Nacional da Habitação
CC	Código Civil Brasileiro
CC/1916	Código Civil Brasileiro de 1916
Ccom	Código Comercial
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
Cit.	citado; citação
CPC	Código de Processo Civil
CPR	Cédula de Produtor Rural
CTN	Código Tributário Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DETRAN	Departamento Estadual de Trânsito
DJE	Diário Oficial de Justiça do Estado
DJU	Diário Oficial de Justiça da União
DL	Decreto-Lei
FENABRAVE	Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FINAME	Fundo de Financiamento para Aquisição de Máquinas e Equipamentos Industriais
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INCC	Índice Nacional da Construção Civil
IOF	Imposto sobre Operações Financeiras
LAF	Lei das Alienações Fiduciárias
LF	Lei de Falências
LRP	Lei dos Registros Públicos
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
PMCMV	Programa Minha Casa Minha Vida
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
PUC	Pontifícia Universidade Católica
Rec.	Recurso
rel.	relator, relatora
REsp	recurso especial
ss	seguintes
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e Custódia
SFI	Sistema Financeiro Imobiliário
SFH	Sistema Financeiro da Habitação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T	Turma
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TRF	Tribunal Regional Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1. NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A FIDÚCIA	18
1.1 A origem da fidúcia	19
1.1.1 A fidúcia romana	19
1.1.2 A fidúcia germânica	21
1.1.3 A fidúcia no direito inglês	22
1.1.3.1 <i>Mortgage</i>	23
1.1.3.2 <i>Trust</i>	24
1.1.4 A fidúcia no direito espanhol	27
1.2 O negócio fiduciário	28
1.2.1 Classificação	30
1.2.2 Sujeitos	30
1.2.2.1 Fiduciante	31
1.2.2.2 Fiduciário	31
1.2.2.3 Beneficiário	32
1.2.2.4 Terceiro prestador de garantia	32
1.2.3 Forma de contratação	33
1.2.4 Objeto	34

1.2.5	Propriedade fiduciária	35
1.2.6	Extinção da obrigação	36
1.2.7	Figuras afins	37
1.2.7.1	Negócio simulado	37
1.2.7.2	Negócio indireto	38
1.2.7.3	Pacto de retrovenda	39
1.2.7.4	Venda com reserva de domínio	39
1.2.8	Tipos de negócios fiduciários	40
1.2.8.1	Negócio fiduciário de administração	40
1.2.8.1.1	Negócio fiduciário de investimento	41
1.2.8.1.2	Negócio fiduciário societário	41
1.2.8.1.3	Negócio fiduciário para recomposição de patrimônio	42
1.2.8.1.4	Fideicomisso	42
1.2.8.2	Negócio fiduciário para garantia	43
1.2.8.2.1	Venda com escopo de garantia	44
1.2.8.2.2	Cessão fiduciária de créditos	45
1.3	Síntese	45
2	A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO BRASIL	47
2.1	Histórico legislativo	47
2.2	Alienação fiduciária em garantia no código civil.....	50
2.3	A propriedade fiduciária	53
2.4	O patrimônio de afetação	56
2.5	O desdobramento da posse	58
2.6	O direito eventual	60
2.7	O processo de execução e a alienação fiduciária em garantia.....	62
2.7.1	A execução em face do devedor fiduciante	63
2.7.2	A execução em face do credor fiduciário	65
2.8	A alienação fiduciária em garantia na falência, na insolvência, na recuperação judicial ou extrajudicial	67
3	A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS.....	71
3.1	Considerações gerais.....	71
3.2	Dos requisitos do contrato.....	78

3.3	Das partes do contrato.....	83
3.3.1	Das responsabilidades do devedor fiduciante.....	84
3.3.2	Dos direitos do devedor fiduciante.....	86
3.3.3	Dos deveres do credor fiduciário.....	89
3.3.4	Dos direitos do credor fiduciário.....	91
3.3.5	Terceiro interessado prestador de garantia.....	93
3.3.6	Do terceiro interessado coobrigado.....	95
3.4	Dos bens e direitos que podem ser objeto de garantia.....	96
3.5	Dos tipos de contrato de alienação fiduciária.....	100
3.5.1	Contrato de venda e compra de imóvel sem intervenção de instituição financeira.....	100
3.5.2	Contrato de venda e compra de imóvel com participação de instituição financeira.....	101
3.5.3	Contratos de compra e venda por meio de consórcio.....	102
3.5.4	Contratos de financiamento.....	103
3.6	Da resolução contratual.....	105
3.6.1	Do adimplemento contratual.....	105
3.6.2	Da mora no pagamento das parcelas.....	109
3.6.2.1	Da constituição do devedor em mora.....	110
3.6.2.2	Da purgação da mora.....	114
3.6.3	Do inadimplemento contratual e consolidação da propriedade.....	115
3.7	Da venda do imóvel em leilão	118
3.7.1	Das consequências da não realização da venda em leilão.....	124
3.7.1.1	Da extinção do débito.....	125
3.7.1.2	Da propriedade irrestrita do fiduciário.....	128
3.8	Da dação em pagamento.....	129
3.9	A taxa de ocupação.....	131
3.10	Despesas decorrentes do uso do imóvel.....	134
3.11	Da ação de reintegração de posse.....	136
3.12	A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e os contratos de locação.....	139
3.13	Ação de execução de título extrajudicial.....	144

3.14	Cessão do contrato	146
3.15	Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e o código de defesa do consumidor.....	148
	CONCLUSÃO	153
	REFERÊNCIAS	156
	ANEXO - Exposição de Motivos da Lei nº 9.514	162

INTRODUÇÃO

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil contava, em 2008, com 57.557 milhões de domicílios, dos quais 40.348 milhões, 70,1%, eram próprios e quitados, e 2.492 milhões, 4,3%, eram próprios em fase de aquisição. Havia ainda 9.533 milhões, 16,6%, domicílios alugados, 4.860 milhões, 8,4%, domicílios cedidos e 324 mil, 0,6%, em outras condições. Ou seja, havia quase 15 milhões de domicílios não próprios no Brasil em 2008, isso sem considerar a indisponibilidade de imóveis próprios para instalação de comércio, indústria e prestação de serviço. A Fundação Getúlio Vargas (FGV), ao analisar a referida pesquisa, concluiu que o déficit habitacional era de 5.572 milhões de moradias.

Verifica-se uma situação peculiar que é a persistência do grande *déficit* habitacional enquanto aqueles que pretendem adquirir os imóveis, os que constroem e aqueles que detêm o capital, estão todos interessados em adquirir, construir e financiar.

Durante os primeiros anos da atividade profissional, como advogado, o autor manteve, habitualmente, contato com o instituto da alienação fiduciária em garantia, em que o devedor transfere a propriedade de um bem, com a intenção de garantir uma dívida sua ou de terceiro, utilizado, essencialmente, para os bens móveis e também com a hipoteca, quando a garantia constituiu-se de bens imóveis.

Nos processos judiciais em que se discutiam os financiamentos com garantia de alienação fiduciária de bens móveis, geralmente veículos, verificava-se que as partes

envolvidas demonstravam maior comprometimento com o adimplemento do contrato, em face da possibilidade de retomada do bem objeto da garantia pelo credor e também tinham a certeza de que, se cumprissem sua parte na avença, haveria solução natural do contrato com a liberação do bem para o antigo devedor.

Por outro lado, nos contratos de financiamentos para aquisição de imóveis que utilizavam da hipoteca como garantia real, as discussões judiciais eram muitas e geralmente fundamentadas nos seguintes pontos: liberação da garantia em caso de adimplemento, retomada do imóvel em caso de inadimplemento do devedor, reajuste das prestações e a subsistência de saldos devedores, muitas vezes até superiores ao valor dos imóveis, após o devedor ter honrado com as prestações por mais de quinze anos.

Se por um lado havia convergência de interesses em adquirir, construir e financiar, por outro havia divergências no que restava contratado, de forma que era evidente que o Sistema Financeiro de Habitação e as formas de garantia por ele utilizadas não atendiam os anseios das partes interessadas, já que não traziam segurança jurídica necessária aos contratos.

Por qual motivo não é possível convergir os interesses dos envolvidos, no sentido de trazer ao mercado imobiliário a confiabilidade necessária em todos os contratos? A utilização da alienação fiduciária em garantia de coisas imóveis como pacto acessório aos contratos de financiamento pode ser considerada como um diferencial em relação a outras garantias reais, como a hipoteca? No que consiste essa garantia fiduciária? Quais são os direitos e obrigações dos contratantes e quais as consequências para o caso de mora e de adimplemento contratual?

Com efeito, nenhuma das outras formas de garantia real – por serem constituídas sobre coisas alheias, enquanto a alienação fiduciária ocorre sobre coisa própria – asseguram aos contratantes a criação do patrimônio de afetação, que garante tanto a quem toma o empréstimo, devedor fiduciante, quanto a quem o concede, credor fiduciário, a certeza de cumprimento da obrigação assumida, mesmo no caso de falência, insolvência ou recuperação judicial de um deles. Não há interesse das instituições financeiras e muito menos das construtoras e incorporadoras em atuar no mercado habitacional sem uma garantia real que lhes assegurem uma rápida retomada do imóvel no caso de inadimplemento.

Dessa forma, a presente pesquisa tem como objetivo verificar a utilização da alienação fiduciária sobre bens imóveis como garantia real em financiamentos imobiliários, de acordo com a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Por tais razões, o referencial teórico deste trabalho é positivista, partindo da análise da norma legal e a sua aplicação aos contratos.

Não são abordados outros aspectos presentes no contrato, como juros, forma de correção e amortização do saldo devedor, comprometimento de renda, por exemplo, cingindo-se apenas à forma de garantia real utilizada nos imóveis urbanos

De maneira que objeto da dissertação é o instituto da alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis na legislação brasileira e sua sistematização no direito brasileiro, como forma de contribuir para o combate ao *déficit* habitacional e assegurar o direito social à moradia digna, por um lado, e, por outro, o fomento de todo o mercado imobiliário.

Ao se considerar que a primeira norma legal brasileira que trata especificamente sobre o assunto pertinente a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel é a Lei nº 9.514/97, não são necessárias grandes digressões, que ocorrem apenas para resgatar os aspectos históricos do instituto. Obviamente, normas posteriores à publicação daquela citada lei que a alteraram ou que tratem sobre o mesmo assunto também são abordadas, assim como a interpretação jurisprudencial e doutrinária sobre o tema.

No presente trabalho é utilizada a pesquisa qualitativa, com abordagem multidisciplinar, abrangendo a problemática social, econômica e jurídica, dentro de um tema que se relaciona com a qualidade de vida, planejamento do mercado imobiliário nacional e como os agentes envolvidos a visualizam e a aplicam à realidade social.

Ademais, utiliza-se o método compreensivo comparativo de Max Weber, buscando conhecer a realidade social que envolve as modalidades de garantias reais disponíveis em nosso ordenamento e porque elas não estão servindo para efetivamente trazer aos interessados a segurança jurídica necessária.

Tudo isso é possível graças à pesquisa exploratória, com levantamentos bibliográficos e documentais relativos às obras indicadas neste estudo, normas legais, repertórios jurisprudenciais e contratos que estabelecem a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

O tema proposto para o presente estudo não é um daqueles novos institutos que surgiram nos últimos tempos. Na verdade, trata-se de um instituto antigo, com origem no Direito Romano e passagens pelo Direito Germânico e Inglês, cujos principais aspectos são apresentados no primeiro capítulo desta dissertação, juntamente com o detalhamento do negócio fiduciário, por se tratar de conceito geral e necessário para o estudo do instituto da alienação fiduciária em garantia.

Com efeito, no primeiro capítulo, após a familiarização com os aspectos históricos, termos, nomenclaturas e classificações do negócio fiduciário, é apresentada a inserção da matéria na realidade nacional.

O segundo capítulo aborda a forma em que a alienação fiduciária em garantia foi introduzida no Brasil, bem como a regulação que ela tem atualmente.

O terceiro capítulo analisa os dispositivos legais que cuidam da alienação fiduciária sobre coisa imóvel, contidos na Lei nº 9.514/97, sobretudo os requisitos necessários para a celebração do contrato, os direitos e deveres dos contratantes, assim como as consequências da mora e do adimplemento contratual, seguindo logo após as conclusões.

Complementando a exposição sobre o tema, acrescentou-se como elemento pós-textual a Exposição de Motivos da Lei nº 9.514/97.

Em se tratando de um trabalho acadêmico foram observadas em sua formalização as normas expedidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – e também aquelas admitidas pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás).

1 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE FIDÚCIA

Para que se possa entender melhor o instituto da alienação fiduciária e sua aplicação aos bens imóveis, que é o tema central da presente pesquisa, serão resgatadas informações históricas sobre o instituto em suas primeiras manifestações, sem as quais não é possível compreender adequadamente a sua aplicação atual, pois:

Compreende melhor um instituto jurídico, quando se conhece sua história, porque ele não é “o produto arbitrário da vontade do legislador, mas o resultado dum processo evolutivo de longa e progressiva elaboração social. Surge, de modo espontâneo, nos meios históricos, revestindo formas vagas e indefinidas, e adquire, no decurso da evolução, fisionomia e individualidade características” [*sic*] (NARNOCO E SOUZA *apud* OPTIZ, 1970, p. 130).

Desde já, convém ressaltar que o negócio fiduciário sofreu, ao longo do tempo, inúmeras transformações e acomodações junto aos diversos sistemas jurídicos, o que lhe permitiu ser utilizado em grande parte dos ordenamentos jurídicos pesquisados.

É fato também que essa transmutação é uma constante e, cada vez mais, será reclamada pelas partes envolvidas em contratações que visem assegurar o cumprimento do ajuste sem comprometer todo o patrimônio do credor fiduciário ou do devedor fiduciante.

1.1 A origem da fidúcia

A seguir serão apresentadas informações sobre a origem do negócio fiduciário no direito romano, no direito germânico, no direito inglês e no direito espanhol. Ao estudar tais origens, constata-se que o negócio fiduciário, tal qual concebido na legislação brasileira, inspirou-se nestes sistemas jurídicos, mesclando características de cada um deles, a ponto de se utilizar de elementos da *common law* no direito codificado, razão pela qual não foram analisados outros sistemas jurídicos.

Antes, porém, destaca-se a definição de fidúcia trazida por De Plácido e Silva: “Derivado do latim *fidúcia*, de *fidere* (confiar) é tido como a própria confiança ou fidelidade, querendo, assim, significar o pontual e exato cumprimento de um dever” (SILVA, 1997, p. 291).

Por sua vez, Restiffe Neto e Restiffe ensinam que “(...) a fidúcia, instituto jurídico que repousa exclusivamente na lealdade e honestidade de uma das partes, o fiduciário, corresponde, por isso mesmo, à boa-fé e confiança nele depositada pela outra parte, o fiduciante, ...” (RESTIFFE NETO. RESTIFFE, 2000, p. 21).

Destes ensinamentos extrai-se que a confiança entre as partes que ajustam um negócio fiduciário é elemento essencial, seja qual for a sua modalidade, e vai além do contratado, já que todos os termos do ajuste não são capazes de exprimir a confiança e lealdade que as partes depositam reciprocamente.

1.1.1 A fidúcia romana

Lima (1962, p. 9), mesmo afirmando que a fidúcia atual tem suas origens no direito romano, expõe sobre as dificuldades de se encontrar no ordenamento daquela época menções ao instituto.

Interessante notar que Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe (2000, p. 23) afirmam que as Institutas de Gaio não tratam do contrato de fidúcia; por seu turno, Lima (1962, p. 24), transcrevendo alguns trechos das referidas Institutas, deixa claro que a menção à fidúcia ocorre quando se trata de outros assuntos.

De forma geral, no direito romano a fidúcia poderia ser constituída de três formas. Na fidúcia *cum amico*, a propriedade da coisa era transferida pelo fiduciante ao fiduciário, com a finalidade de um depósito, pois a confiança entre os contratantes era o aspecto de maior

relevância. Nesta transferência, o fiduciário poderia assumir a obrigação de devolver a coisa ao próprio fiduciante ou a outra pessoa, sendo utilizada inclusive para realizar uma doação decorrente da morte do instituidor da fidúcia. Este tipo de fidúcia era utilizado quando, por exemplo, o fiduciante realizava uma viagem, ausentando-se por longos períodos.

Na fidúcia *cum creditore*, a transferência da propriedade era realizada com a finalidade de garantir alguma obrigação assumida pelo fiduciante junto ao fiduciário. Ou seja, nesta modalidade, aquele que devia determinada quantia a outrem lhe entregava um determinado bem com o escopo de garantir o cumprimento da avença principal. Se o devedor honrasse a obrigação, o bem objeto da garantia deveria a ele ser devolvido. Caso o pacto não fosse cumprido, o credor era autorizado a vender o bem para saldar o seu crédito.

Um terceiro tipo de fidúcia, “de menor importância para nós, inseria-se antes no Direito de Família, que no direito das Coisas ou das Obrigações” (FELICIANO, 1999, p. 38), *remancipationis causa*, tinha o objetivo de emancipação do filho e era efetivado com a venda de um filho a outro *pater familias*, com a obrigação deste de libertar, posteriormente, o filho adquirido.

A conveniência deste último tipo de fidúcia pode parecer pouco usual para os nossos dias, porém, como naquela época todo bem passível de comércio poderia ser objeto de garantia fiduciária, esta forma era uma das poucas possibilidades de alguém deixar de ser escravo.

Embora de origens diferentes, depósito ou débito, a obrigação do fiduciário em restituir a coisa ao fiduciante ou a quem este havia indicado, era apenas pessoal. Não havia meios hábeis do fiduciante ou daqueles a quem havia sido determinado que o fiduciário transmitisse os bens, beneficiários, pudessem buscá-los junto ao fiduciário ou mesmo perante terceiros a quem aquele os tivesse transmitido, seja a que título for.

Além do inconveniente indicado, a impossibilidade do devedor fiduciante de fazer uso do bem transferido, enquanto houvesse débito, e também situações em que o valor do débito era inferior ao valor do bem transferido, dentre outras, foram causas pelas quais a fidúcia foi caindo em desuso, tendo sido utilizada até o século V d. C, consoante informação de Feliciano (1999, p. 23).

Conforme os ensinamentos de Chalhub (2009, p. 13), o auge da fidúcia ocorreu na era clássica do Direito Romano (130 a.C. - 230 d. C), tendo caído em desuso, ao ponto de não constar expressamente nas Compilações de Justiniano (529 d. C).

1.1.2 A fidúcia germânica

Não é possível afirmar que o direito germânico recepcionou a fidúcia romana de forma pura. É certo que a origem é romana, mas houve muitas modificações em seus aspectos essenciais.

No direito germânico, a fidúcia tinha o mesmo objetivo que no direito romano, no entanto, a grande diferença entre os dois ordenamentos se dava exatamente na condição resolutiva da propriedade fiduciária. No primeiro, cumprida a obrigação, a coisa retornava imediatamente ao patrimônio do fiduciante, enquanto que no direito romano a transmissão era condicionada à manifestação do fiduciário.

Sendo assim, em caso do fiduciário transmitir os bens recebidos do fiduciante a terceiros, sem que houvesse o inadimplemento contratual, tal transmissão seria considerada ineficaz em relação ao devedor originário, pois o direito de seqüela poderia ser exercido pelo fiduciante que cumpriu a avença.

Por tais razões, pode-se afirmar que a fidúcia germânica era mais favorável ao devedor, enquanto a romana trazia mais segurança ao credor.

Autores como José Carlos Moreira Alves (1979, p. 23) e Lima (1962, p. 88) sustentam que a possibilidade do fiduciante exercer o direito de reivindicar a coisa com quem quer que ela esteja, faz com que a figura do *fides*, na sua acepção clássica, não se faça presente na fidúcia germânica, pois não havia confiança entre as partes contratantes, mas sim, uma estipulação contratual que estabelecia exatamente o que aconteceria caso o fiduciário deixasse de cumprir aquilo a que se comprometera.

A existência de um pacto fiduciário deveria ser levada ao conhecimento de todos, por meio dos registros competentes, especialmente imóveis. Por isso, o terceiro adquirente não poderia argumentar que desconhecia a obrigação do fiduciário em restituir o bem ao fiduciante, uma vez cumprida a obrigação.

Tal situação é semelhante ao que acontece no ordenamento jurídico brasileiro neste momento, conforme apontado no Capítulo 3. Entretanto, é de se destacar que no direito alemão, atualmente, não é possível realizar a transferência de bens imóveis com qualquer condição resolutiva.

Havia no direito germânico uma figura que não se tem notícia de que tenha existido no direito romano, o *Salmann*, figura esta que sofreu transmutações ao longo do tempo, conforme ensinamentos de Lima:

O *Salmann* era, também, um intermediário, através do qual se fazia a transmissão de um fundo do proprietário ao adquirente. É um nome técnico com que, em doutrina, se indica o fiduciário. No antigo direito medieval germânico, o *Salmann* recebia seus poderes do alienante, obrigando-se, de forma solene, a transmitir os bens recebidos ao terceiro destinatário. No novo direito medieval germânico, embora mantidos os outros elementos da relação, era o *Salmann* fiduciário do adquirente e não do alienante, e, assim, os poderes que lhe eram concedidos não o eram para transmitir o fundo ao destinatário, mas para adquiri-lo para este, ou com este intervindo com o fim principal de reforçar o direito do adquirente (LIMA, 1962, p. 94).

Segundo os ensinamentos de Christoph Fabian (2007, p. 170), “Documentos históricos testemunham essa figura a partir do séc. VI até o Séc. XV. Já em 1740, o Salmann foi apresentado por Joh. Heumann como um fenômeno do passado”.

No direito alemão atual, sem que haja uma legislação específica sobre o instituto, a fidúcia “é plenamente reconhecida e existe como instituto criado pela jurisprudência e pela doutrina” (FABIAN, 2007, p. 154), e recebe a denominação de *Treuhand*, mão fiel, e o fiduciante e fiduciário, respectivamente, *Treugeber* e *Treuhänder*.

No direito germânico, a fidúcia pode ocorrer em proveito próprio, sendo que o principal escopo é a garantia, ou em proveito alheio, quando o aspecto que mais se destaca é a administração do patrimônio do fiduciante pelo fiduciário.

É considerada em proveito alheio a fidúcia constituída para administração de investimentos, na cessão fiduciária de cotas de capital social, nos casos de cessão para que o fiduciário realize a cobrança, no caso de representação jurídica, conta bancária e no caso de insolvência de pessoas naturais.

1.1.3 A fidúcia no direito inglês

Em relação ao direito inglês e, conseqüentemente, ao ordenamento dos Estados Unidos da América, é possível encontrar elementos da fidúcia. No entanto, além de terem origens distintas, não há contemporaneidade dos institutos inglês e romano.

Isso demonstra, mais uma vez, que o direito é fruto das necessidades que a sociedade apresenta em um determinado momento, independentemente do regramento legal. Por isso, embora de origens distintas e sem contemporaneidade, a solução aplicada ao direito inglês foi muito próxima à do direito romano.

Convém ressaltar que no direito anglo saxão, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, ressalvado o instituto da enfiteuse, é possível a existência de mais de um direito de

propriedade sobre um mesmo bem. Sem esta possibilidade, não seria possível aplicar os institutos que são apresentados a seguir.

1.1.3.1 *Mortgage*

A origem do *mortgage* é consuetudinária e seria, para Luiz Augusto Beck da Silva, uma “espécie de hipoteca mobiliária” (SILVA, 1998, p. 14). O referido autor, como também Orlando Gomes, José Carlos Moreira Alves e o professor português Mário Júlio de Almeida Costa, entende que esta seria a origem da alienação fiduciária no Brasil.

No *mortgage* havia duas figuras: o *mortgagor*, que pode ser equiparado ao fiduciante, que apresentava um bem como garantia de um pagamento que deveria realizar; e o *mortgagee*, que é o fiduciário que recebe a propriedade do bem com o dever de restituí-la, uma vez cumprida a obrigação, ao fiduciante.

Aqui o domínio do bem oferecido como garantia permanecia com o devedor, que poderia dele fazer o seu melhor uso (RESTIFFE e RESTIFFE NETO, 2000, p. 30).

Mais uma vez, encontram-se nos ensinamentos de Lima (1962, p. 100) as explicações necessárias para o entendimento deste instituto, para quem, inicialmente, havia “acentuadas semelhanças” entre o *mortgage* e a fidúcia *cum creditore* do direito romano.

Em ambos os institutos, a transferência da propriedade ocorria de forma plena, ou seja, o fiduciário tinha poderes para dispor do bem da melhor forma que lhe conviesse, sem que o fiduciante pudesse intervir na destinação dada ao bem objeto da garantia.

Contudo, a diferença entre os dois ordenamentos era que no direito inglês o fiduciante que pagava todo o débito junto ao fiduciário, ou seja, que cumpria a sua parte na avença, poderia comparecer junto ao Chanceler, que além de ser representante do rei era considerado como fonte de justiça, e solicitar que o bem dado em garantia a ele retornasse.

A ordem que determinava o retorno da propriedade ao seu antigo dono era chamada de *equity of redemption*, segundo a qual, o fiduciante, mesmo cumprindo a obrigação fora do prazo estipulado na avença, poderia pedir a restituição do bem dado em garantia.

Porém, o credor, como ressaltado por Lima (1962, p. 10), a fim de não ficar indefinidamente aguardando a manifestação do devedor fiduciário ou aguardar o prazo máximo de restituição que era de 12 (doze) anos, poderia pleitear junto ao Tribunal que fosse assinalado, um prazo ao devedor, para que ele exercesse a *equity of redemption*, findo o qual a

possibilidade de pagar e solicitar a restituição do bem não mais poderia ser exercida pelo devedor fiduciante, que não havia promovido o pagamento atempado de suas obrigações.

É a partir dessa possibilidade de restituição, ou melhor, da resolubilidade da propriedade, que o *mortgage* afasta-se da fidúcia *cum creditore* do direito romano e se aproxima da fidúcia germânica.

A denominação *mortgage*, ainda hoje, é utilizada no direito inglês, de acordo com a *Law Of Property Act*, de 1925, porém, deixou de ter as características anteriormente apontadas, passando a se aproximar da hipoteca do direito brasileiro, ou seja, tornou-se um direito real em garantia.

1.1.3.2 Trust

O *trust* originou-se da prática de outro instituto do direito inglês, denominado *use*. Esta forma primitiva era utilizada para contornar as restrições relativas à sucessão.

No período feudal, a propriedade da terra sempre pertencia ao seu senhor, que, por não ter interesse de nela trabalhar, cedia a “senhores menores em troca de determinadas contraprestações”, como ensina Chalhub (2001, p. 9). Estes “senhores menores” também faziam concessões aos seus vassalos, que poderiam, diretamente ou por meio dos cavaleiros, explorar a terra.

Uma das limitações impostas nestas concessões era de que não havia perpetuidade na concessão, ou seja, os herdeiros do vassalo não poderiam continuar trabalhando e muito menos dispor da terra, voltando ela ao domínio pleno de quem havia feito a concessão. Para evitar essa situação, os vassalos, conhecidos como *tenants*, passaram a transferir, ainda em vida, o domínio da terra para um terceiro, que passava a figurar perante os demais como titular do domínio, mas mantinha perante o vassalo a obrigação de empregar na administração da terra as orientações recebidas deste.

A partir do século XI, passou-se a reconhecer a hereditariedade como forma de transmissão de bens. Assim, o *use* foi deixando de ser utilizado para a finalidade descrita. No entanto, passou-se a utilizar os mesmos princípios para outros tipos de negócio, alterando o nome para *trust* “... e, ainda hoje, estes não são em substância, senão os antigos *uses*”(LIMA, 1962, p. 109).

Atualmente, de acordo com os autores consultados, há uma grande dificuldade em se atribuir uma definição clara para o *trust*, visto que o instituto adquiriu inúmeras facetas, não

tendo uma forma estereotipada, podendo ser utilizado para as mais variadas situações (ALVES, 1979, p. 26). Contudo, não há dúvidas que ele deixou de ser um instrumento utilizado apenas para transmissão de terras.

Busca-se, mais uma vez, nas lições de Chalhub, agora citando Philip H. Petit, um conceito de *trust* que, apesar de não conseguir limitar todas as possibilidades de utilização do instituto, apresenta sobre este uma idéia consolidadora:

Um *trust* é um negócio jurídico pelo qual compromete-se uma pessoa (que é chamada de *trustee*) a administrar bens sobre os quais tem o controle (que são chamados bens dados em *trust*), seja em benefício de pessoas (que são chamadas beneficiárias ou *cestuis que trust*), entre as quais ela mesma (o *trustee*) pode figurar, estando qualquer delas investida de legitimidade para exigir o implemento da obrigação, ou para uma finalidade caritativa, que pode ser exigida perante o Ministério Público, ou para algumas outras finalidades permitidas por lei, embora não exequíveis (PETTIT, 1993, p. 23 *apud* CHALHUB, 2001, p. 30-31).

Sendo assim, para criação de um *trust* são necessárias no mínimo três figuras: o *settlor* é quem o institui, ou seja, quem destaca de seu patrimônio bens ou direitos e os entrega para o *trust*, estabelecendo ainda as regras que deverão ser observadas pelo *trustee*, que recebe os bens e deverá atuar nos estreitos limites das condições estabelecidas pelo instituidor do *trust*, e o *cestui que trust*, que é o beneficiário do *trust*, indicado no ato da sua constituição, ou que pode ser determinado de acordo com as normativas lá estabelecidas.

É necessário destacar que um *trust* não poderá ser criado sem a figura do *settlor*, sendo que o próprio instituidor do *trust* poderá se designar como *trustee* e como *cestui que trust*. Neste caso, uma mesma pessoa representaria as três figuras do *trust*.

Também é facultado ao *settlor* criar um *trust*, indicando que enquanto não ocorrer determinada situação, sua morte, por exemplo, ele continuará administrando os bens e dele colherá os frutos, sem se enquadrar como *trustee* ou como beneficiário. Essa situação se aproxima do usufruto no direito brasileiro.

Contudo, se o *settlor* institui um *trust* designando alguém, que pode ser uma pessoa, um banco, uma gestora de bens, etc., como *trustee* e outras pessoas como beneficiárias, ele simplesmente não terá mais qualquer relação com o *trust* que instituiu. Desse modo, terá ele cumprido o seu papel e não poderá exigir do *trustee* o cumprimento das obrigações que estipulou em favor dos beneficiários.

O *trustee* designado pelo *settlor* deverá, uma vez aceito o encargo, pois poderá recusá-lo, observar todas as determinações contidas no ato que instituir o *trust*, sob pena de responder pela sua desídia.

Na administração dos bens e direitos em *trust*, o *trustee* deve conservá-los e dar-lhes a destinação definida pelo *settlor*, realizando os investimentos necessários a assegurar o aproveitamento econômico indicado. Nesse mister, deverá o *trustee* empenhar-se com diligência e lealdade, prestando contas de sua gestão aos beneficiários, salvo no caso de *trusts* discricionários, em que o *trustee* não é obrigado a divulgar as razões de sua discricionariedade (CHALHUB, 2001, p. 44).

Diante do conceito exposto, é possível extrair que quem poderá e deverá exigir do *trustee* o cumprimento das obrigações do *trust* são os *cestui que trust*, beneficiários que são das determinações constantes no ato instituidor.

Aliás, no caso do *trustee* não observar o que está disposto no *trust*, os beneficiários assumirão esta posição, administrando-o, a fim de que eles próprios possam se beneficiar do que nele está contido.

Outro aspecto interessante, e talvez a razão pela qual o *trust* vem sendo muito utilizado nos países do *common law* e, também, com as devidas adaptações em países com ordenamento de origem romana, é a criação do chamado “patrimônio de afetação”, que são justamente os bens e direitos transferidos pelo *settlor* ao *trust*.

Esse patrimônio deixa de pertencer ao *settlor* no momento em que o *trust* é constituído ou, para os casos de *trust executory*, que é aquele criado com uma condição suspensiva, quando ocorre a condição para sua constituição. Não pode o *settlor* pretender reaver tal patrimônio e nem poderão os seus credores buscar nesse patrimônio a satisfação dos seus créditos.¹

Tais bens e direitos também não passam a integrar o patrimônio pessoal do *trustee*, embora ele exerça e detenha os direitos reais dos mesmos, pois ele deverá administrá-los não como se fossem seus, mas sim, seguindo as determinações e limitações do ato instituidor do *trust*. O seu patrimônio pessoal não se confunde com o patrimônio do *trust*, logo, não haverá transmissão da condição de *trustee* para os seus herdeiros.

Ainda não adentram ao patrimônio dos beneficiários os bens do *trust*, mesmo sendo estes que poderão exigir o seu cumprimento. Logo, também não poderão ser objeto de excussão por parte dos credores dos *cestui que trust* os bens do *trust*.

Depois de alinhavar as linhas gerais do *trust*, apresenta-se sua classificação, sendo que a primeira é entre os públicos e os privados. Os públicos podem ser os *publics trust*, pois pretendem atender uma grande parte da sociedade, como os moradores de rua; e os *charitable*

¹ No Capítulo 2 deste estudo são apresentadas outras informações sobre o patrimônio de afetação

trusts, que são direcionados para instituições de caridade que vão atender às pessoas de acordo com os seus objetivos, como uma associação de combate ao câncer. Os privados são, como o próprio nome diz, destinados a atender pessoas físicas ou jurídicas designadas pelo *setlor*.

Por sua vez, os privados podem ser expressos, implícitos e construtivos. A forma mais utilizada de *trust* é o expresso, sendo este definido quando o instituidor manifesta a vontade de instituir um *trust* e estabelece os seus termos.

Aqui se pode estabelecer outra divisão, que são os *trusts* expressos executados, nos quais há imediata constituição do *trust*, com transferência da propriedade e com definição dos beneficiários; e os *trust executory*, quando não há imediata transferência da propriedade e nem a participação de cada um dos *cestui que trust*, ou seja, tem-se uma condição suspensiva para que o *trust* passe a ter validade.

Ao se prosseguir nos *trust* privados e expressos, tem-se uma terceira distinção, que são os *trusts* instrumentais, nos quais o *trustee* deverá seguir exatamente os termos do *trust*, e o discricionário, no qual o *trustee* não precisará explicitar os motivos das decisões tomadas, embora sempre esteja obrigado a atuar de forma mais benéfica ao *trust*, observando o princípio da boa fé.

Retornando aos *trust* privados de uma forma ampla, encontra-se o *implied trust*, instituído por decorrência de uma decisão de um tribunal, fulcrada em uma vontade presumida do *settlor*; e o *constructive trust*, que estabelece, também por meio de uma decisão de Tribunal, sem que haja manifestação implícita do instituidor, que o titular do *legal title* dê destinação aos bens e direitos em favor de terceiros.

1.1.4 A fidúcia no direito espanhol

A *wadiatio*, embora não seja sequer citada pela maioria dos autores que se debruçaram sobre o tema, era utilizada no direito espanhol medieval, devido aos problemas decorrentes do cumprimento das obrigações nos contratos não formais.

Esta forma primitiva de fidúcia consistia na entrega pelo devedor ao credor de um bem, que poderia ter valor superior ao seu débito ou então de um símbolo, como, por exemplo, uma espada, um chapéu, um bastão, etc., que representava a obrigação daquele em honrar o cumprimento de uma obrigação.

Neste último caso, o bem oferecido em garantia não tinha valor suficiente para garantir a obrigação, mas tinha o efeito simbólico de demonstrar que enquanto o devedor não o recuperasse a obrigação não tinha sido cumprida.

Estes símbolos eram entregues aos fiadores, sendo que as propriedades destes ainda pertenciam aos devedores, de forma que até esse momento não havia qualquer característica fiduciária na *wadiatio*.

Registre-se que quando a *wadiatio* implicava a transferência da propriedade, o negócio podia ser considerado fiduciário, a exemplo da fidúcia romana primitiva; ao passo que quando não se concretizasse a aludida transferência, a *wadiatio* representava mera garantia da responsabilidade do alienante, forrando o adquirente dos riscos da evicção, [...] (SILVA, 1998, p. 17).

Como dito, há poucas referências doutrinárias, jurisprudenciais e legais a tal forma de fidúcia, tanto que nem mesmo os países americanos de colonização espanhola a ela recorreram para regulamentar a fidúcia moderna, preferindo buscar no *trust* e nas suas aplicações recentes os substratos para a implementação do chamado *Feidecomisso* (ESPARZA, 2006, p. 30).

1.2 O negócio fiduciário

Os antecedentes históricos apresentados servirão de sustentáculo para que se possa compreender melhor a fidúcia moderna e as suas variadas formas de manifestação, sendo que tal conceito foi cunhado a partir dos ensinamentos de Ferdinand Regelsberger, em 1880.

Para o autor alemão, citado por todos os doutrinadores que se dedicam ao tema, no negócio fiduciário sempre haveria uma desproporcionalidade entre o objetivo final pretendido pelos contratantes e o meio utilizado para se chegar a tal.

Essa desproporcionalidade era gerada em virtude que o ordenamento jurídico não conseguia regular todas as possibilidades contratuais da sociedade daquela época, arraigada a formalismos extremos. “Assim, segundo JACQUELIN, é a fidúcia um meio extralegal, baseado na boa-fé, que permite preencher as lacunas da lei e quebrar-lhes as imperfeições” (JACQUELIN, 1891, p. 447 *apud* LIMA, 1962, p. 128).

Ainda hoje, e até com mais intensidade, devido à grande velocidade com que os contratos são ajustados, percebe-se que as fórmulas jurídicas não são suficientes para atender

aos anseios da sociedade, ao ponto de permitir-se aos particulares pactuarem tudo o que não seja vedado em lei ou não fira a ordem pública e os bons costumes.

Mas, retomando o assunto em questão,

Entende-se por negócio fiduciário o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito à outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprindo esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a beneficiário indicado no pacto fiduciário (CHALHUB, 2009, p. 32).

Mediante esse conceito, é possível indicar alguns elementos necessários para a ocorrência de um negócio fiduciário, que são: a) necessidade de pelo menos duas pessoas distintas para que se realize um negócio fiduciário, embora possa existir, ainda, a figura do beneficiário e do terceiro prestador de garantia; b) possibilidade de serem transmitidos bens ou direitos; e c) que o negócio jurídico seja inominado.

Sobre este último aspecto, mais uma vez recorre-se ao magistério de José Carlos Moreira Alves (1979, p. 23) para elucidar que “[...] por isso negócios jurídicos típicos, como a alienação fiduciária em garantia, não podem ser considerados negócios fiduciários propriamente ditos”. Lima (1962, p. 173) sustenta que “[...] usam as partes do negócio fiduciário, visando, através de um negócio típico, a um fim atípico, só, e exclusivamente só, porque o sistema legal não lhes apresenta o tipo negocial preciso para o fim colimado”. O fato de o fim ser atípico não significa que o mesmo seja ilegal.

Contudo, a grande discussão em torno do negócio fiduciário ocorre quando se analisa a sua natureza, pois há duas teorias para explicá-la, a saber: a teoria dualista, fundamentada nos ensinamentos de Reselberger; e a monista ou unitária, que se contrapõe à posição do referido autor tedesco.

Para os adeptos da doutrina dualista, o negócio fiduciário é composto por duas modalidades de contrato:

- a) de *contrato real positivo*, em virtude do qual se dá a transferência normal do direito de propriedade ou de direito de crédito; e
- b) de *contrato obrigatório negativo* pelo qual nasce para o fiduciário a obrigação de, após utilizar-se de certa forma do direito que lhe foi transmitido, o restituir ao fiduciante ou retransferir ao terceiro. (ALVES, 1979, p. 19-20).

Para os monistas, como Grassetti (1936, p. 378 *apud* ALVES, 1979, p. 21), “o negócio fiduciário, ao invés da conjugação de dois negócios jurídicos intimamente vinculados, é negócio unitário e causal. Sua causa é a *causa fiduciae* atípica, porque não está

disciplinada na lei.” Não haveria dois negócios jurídicos com natureza distintas, pois o todo pactuado é desejado pelas partes, ainda que não se encontre no arcabouço jurídico um contrato tipificado para atender aos seus interesses.

Assim, quando se contrata um negócio fiduciário, não há divisão entre um interesse e outro, de forma que se há transferência de propriedade mediante contrato de compra e venda, mas com o objetivo de garantir uma operação de crédito, não está se manifestando duas vontades, uma positiva e outra negativa, mas sim, deixando claro que o interesse é de que, uma vez satisfeita a obrigação, a propriedade plena retorne ao fiduciante.

1.2.1 Classificação

Apontados os elementos que compõem o negócio fiduciário, pode-se classificá-lo como sendo bilateral, oneroso ou gratuito, principal ou acessório, solene ou não solene.

A bilateralidade decorre da atribuição de direitos e deveres para o fiduciante e fiduciário, uma vez que aquele se obriga a transferir e este se utilizar do bem ou direito que deverá ser gerido de acordo com as obrigações descritas no pacto.

Embora Venosa (2002, p. 402, II) ensine que “todo contrato bilateral é oneroso, porque as responsabilidades do negócio distribuem-se pelos contratantes”, no caso do negócio fiduciário, a transferência da propriedade do fiduciante ao fiduciário pode ocorrer sem que seja exigida contraprestação do último.

O negócio fiduciário para fins de administração será sempre principal, já que não há outra avença suplementar, como ocorre nos negócios fiduciários de garantia, nos quais além de um contrato principal, mútuo feneratício, por exemplo, é pactuada a transferência de propriedade para efeitos de agregar uma garantia ao cumprimento da obrigação principal.

Será solene o negócio fiduciário quando for exigida a sua estipulação por meio de escritura pública e, não solene, nos demais casos.

1.2.2 Sujeitos

Ao iniciar a exposição sobre o negócio fiduciário, foi mencionado, sem tecer maiores considerações a respeito, quais seriam as partes envolvidas em negócio fiduciário. No intuito de facilitar a compreensão, apresentar-se-á mais informações sobre as partes.

Todavia, há de se ressaltar que os envolvidos em um negócio fiduciário, excetuando-se o beneficiário, deverão ser agentes capazes, sob pena de invalidade do negócio jurídico, conforme disposição do art. 104, do CC.

1.2.2.1 Fiduciante

Do conceito de negócio fiduciário transcrito anteriormente (CHALHUB, 2009, p. 32), extrai-se que o fiduciante é aquele que transfere uma coisa ou direito do qual é titular, para que o fiduciário lhe dê a destinação estabelecida na avença.

Nos negócios fiduciários de garantia, a transferência objetiva, como o próprio nome ressalta, adicionar uma garantia ao cumprimento de uma obrigação que o devedor fiduciante assumiu junto ao credor fiduciário, tendo a certeza de que, uma vez satisfeita a obrigação, o bem ou direito transferido retornará à sua propriedade plena.

Nos negócios fiduciários de administração, o fiduciante transfere parte de seu patrimônio para que o fiduciário administre de acordo com a avença firmada e, uma vez exigida pelo fiduciante, restitua o que lhe foi entregue com os frutos de sua administração.

As duas formas de negócios fiduciários apresentadas serão explicitadas adiante.

1.2.2.2 Fiduciário

O fiduciário será aquele que atuará ao longo do negócio fiduciário, de acordo com as premissas estabelecidas no pacto fiduciário. Sua atuação será restrita aos compromissos por ele assumidos perante o fiduciante e, quando houver, perante o beneficiário.

Embora o fiduciário detenha a propriedade formal, nos negócios fiduciários de garantia não poderá exercê-la de forma plena, já que a avença que estabeleceu a transferência de propriedade fixou os limites de sua atuação. Ele deverá responder tanto ao fiduciante quanto, quando houver, ao beneficiário, que poderão exigir o cumprimento dos termos do pacto fiduciário ajustado.

1.2.2.3 Beneficiário

Não será encontrada a figura do beneficiário em todos os negócios fiduciários realizados. Na verdade, o número de negócios fiduciários firmados com a existência de um beneficiário é muito reduzido: geralmente estão presentes apenas o fiduciante e o fiduciário.

Como o beneficiário é detentor de um direito em relação ao fiduciário, que deve cumprir o determinado, então, aquele, poderá exigir, deste, o que foi determinado no negócio fiduciário.

Somente poderá estar presente a figura do beneficiário quando tratar-se de negócio fiduciário com escopo de administração, ou seja, a indicação de um beneficiário será prerrogativa do fiduciante.

Como o beneficiário não assumirá nenhuma obrigação perante os demais contratantes, a questão da sua incapacidade é mitigada, pois o que interessa a este é o cumprimento do pacto fiduciário que o beneficia.

1.2.2.4 Terceiro prestador de garantia

O terceiro prestador de garantia aparece no negócio fiduciário apenas para ofertar em garantia do cumprimento da obrigação assumida pelo devedor fiduciante, um bem ou direito que seja de sua propriedade. Ele não assume outras obrigações junto ao fiduciário, mas realiza a transferência da propriedade de um bem ou direito àquele, para assegurar-lhe melhores condições contratuais.

Qualquer terceiro que tenha condições jurídicas de dispor de seu patrimônio pode prestar a garantia em favor do fiduciante. Como exemplo, pode-se citar a situação em que o sócio de uma empresa disponha de um bem ou direito pessoal para assegurar um contrato de mútuo em nome da pessoa jurídica de cujo quadro social faz parte, ou, então, do pai que assegura uma obrigação assumida por um filho.

Em razão de comprometer parte de seu patrimônio em negócio no qual não terá obrigações, além da própria transferência fiduciária, faz com que esta figura seja ainda mais escassa que a figura do beneficiário, como apontado anteriormente.

Nos negócios fiduciários de administração não haverá, em nenhuma hipótese, esta figura, já que a finalidade do negócio é que o fiduciário administre o patrimônio do fiduciante.

1.2.3 Forma de contratação

Como assinalado em linhas pretéritas, o negócio fiduciário surgiu para preencher algumas lacunas legislativas e assegurar aos contratantes melhores garantias de cumprimento das obrigações. Em decorrência disso, a forma pela qual se contratava o negócio fiduciário não tinha regras específicas, sendo criadas formas e condições a partir do entendimento das partes.

Importa-se da Teoria dos Negócios Jurídicos os requisitos para o contrato de caráter fiduciário. Assim, pelo art. 104 do CC, admite-se a validade do contrato fiduciário, desde que haja agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei. Não é unânime a consideração da *causa fiduciae* entre as doutrinas como requisito de validação do contrato. A *causa fiduciae* traz inerente o caráter da confiabilidade na entrega de um bem ou direito única e exclusivamente para um determinado fim.

De maneira geral, tratando-se da fidúcia como instituto amplo, como explica Christoph Fabian (2007, p. 39), o CC não tomou a iniciativa de normatizar o negócio fiduciário. Dessa forma, o negócio jurídico em caráter fiduciário emana da autonomia da vontade das partes, e estas o fazem da maneira que acharem conveniente, respeitando os princípios gerais dos negócios jurídicos.

Todavia, abriu-se uma exceção nessa matéria no que tange ao negócio fiduciário com escopo de garantia, seja de coisa móvel ou imóvel, e em alguns casos de negócios fiduciários para fins de administração.

Têm-se regulamentações em todos os casos de negócios para fins de garantia, porque esse tipo de fidúcia caracteriza-se como contrato com instituição de uma garantia real, pois tem por objeto a modificação de uma situação de fato. Tratando-se de acordo real e não apenas obrigacional, faz-se necessária a constituição da propriedade fiduciária, que, por determinação do art. 1.361 do CC, deverá ser registrada no órgão competente, seguindo os trâmites necessários que a legislação específica para cada caso determinar.

Para alienação fiduciária em garantia de bens móveis, além da regulamentação estabelecida pelo CC (art. 1.361 a 1.368), também o art. 66-B da Lei nº 4.728 de 14 de julho de 1965, que ficou mais conhecido pelo Decreto-Lei que lhe deu a redação (Decreto-Lei nº 911 de 1º de outubro de 1969), estabelece de que forma deverá ser realizada a contratação.

A Lei nº 9.514/97, que deu origem ao tema do presente estudo, também se configura como forma de negócio fiduciário em garantia, e apresenta, em seu art. 24, as cláusulas essenciais que devem conter no contrato de alienação fiduciária de bens imóveis.

Também há negócios fiduciários para fins de administração, que são regulados por normas específicas e que forma de contratação deverá ser a estabelecida, como nos casos de negócio fiduciário de investimentos, pela Lei nº 8.668 de 25 de junho de 1993; e o negócio fiduciário para fins societários, que a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976) regulamenta, em seu art. 40, os ônus por alienação fiduciária em garantia.

1.2.4 Objeto

Independentemente da teoria adotada (dualista ou monista), tem-se no negócio fiduciário dois tipos de relações: uma de cunho real, na qual o fiduciário torna-se o proprietário da coisa ou o titular do direito objeto da fidúcia; e outra de cunho obrigacional, em que, resolvido o contrato, o antigo credor tem a obrigação de restituir o bem que serviu como garantia.

Quanto à característica real, escreveu Lima (1962, p. 187): “[...] Por ele (elemento real) adquire o fiduciário, definitivamente, a propriedade ou a titularidade do direito. Ao reverso, o fiduciante vê-se, por completo, despojado da propriedade transmitida ou do direito cedido”.

Assim, o objeto que foi transferido da mão do fiduciante para o fiduciário não poderia ser senão um bem infungível, desde que garantiu às partes envolvidas o domínio de algo real e que não poderá ser substituído. Este era o posicionamento pacífico da doutrina e jurisprudência, conforme assinalaram Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe (2000, p. 29):

Assim, são as coisas infungíveis as únicas que permitem ao fiduciante acreditar na recuperação e que tornam viável a assunção da obrigação de restituir por parte do fiduciário. Elas é que podem, portanto, adequadamente, ser objeto do pacto fiduciário.

Porém, com a inclusão do art. 66-B, especialmente o § 3º, à Lei nº 4.728/65, realizado por meio do art. 55 da Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, a legislação brasileira

passou a admitir, expressamente, a possibilidade de se constituir a “alienação fiduciária de coisa fungível”.²

Dessa forma, restou alargada a possibilidade de utilização tanto para coisas fungíveis quanto infungíveis na alienação fiduciária.

1.2.5 Propriedade fiduciária

Nos negócios fiduciários com fins de garantia, tem-se a qualificação da propriedade fiduciária, abordada no CC, em seu livro III – Direito das coisas, Título III – Da propriedade, Capítulo IX – Da propriedade fiduciária. A matéria em questão difere da propriedade plena pela existência de duas características: uma é o traço da garantia como finalidade do negócio e a segunda é a condição resolutiva. Devido a essas características, configura-se um desdobramento da propriedade, como conceitua Chalhub:

(...) o fiduciário recebe uma propriedade formal com poder de disposição, enquanto o fiduciante conserva a propriedade material, estabelecendo-se um desdobramento de relações em que se distingue uma relação interna, que é estabelecida entre o fiduciante e o fiduciário, e uma relação externa, que é estabelecida entre o fiduciário e terceiros (CHALHUB, 2009, p. 103).

Na mesma linha de estudo, Christoph Fabian (2007, p. 74-75) entende que a propriedade fiduciária faz com que ela se configure como um domínio limitado para ambos contratantes. Assim, ele não a classifica nem dentro do direito de propriedade, tampouco a insere entre os direitos reais limitados (penhor, hipoteca e anticrese).

Sobre a condição resolutiva, também atributo da propriedade fiduciária, pode-se desmembrá-la em dois pontos, o da restrição e o da transitoriedade. Pela restrição entende-se como propriedade resolúvel aquela que não é ilimitada, de modo que ao ser constituída inicia-se um efeito contido que impede de torná-la plena até a resolução do contrato; e pela transitoriedade compreende-se a própria delimitação de tempo que leva a propriedade para

² § 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

tornar-se plena nas mãos do fiduciante, nos casos de adimplemento, ou para o fiduciário, nos casos de inadimplemento.

Como visto anteriormente³, para que a propriedade fiduciária tenha efeitos perante terceiros, é necessário que seja dada publicidade à avença, por meio de registro do contrato junto ao local próprio, Cartório de Título e Documentos, Cartório de Registro de Imóveis ou DETRAN. Contudo, independentemente do registro entre os pactuantes, o direito real se aperfeiçoa no momento em que firma a avença.

Importante salientar que a atual legislação, no concernente à propriedade fiduciária, tornou a matéria bem detalhada, regravando a transmissão da propriedade, delimitando-a e dividindo a posse tanto para o fiduciante como para o fiduciário, e, ainda, normatizando os casos de adimplemento e inadimplemento.

1.2.6 Extinção da obrigação

A forma mais usual de extinção da obrigação fiduciária, assim como de qualquer outra obrigação, é o adimplemento contratual por parte do fiduciante, o que, aliás, é a grande maioria das avenças e sobre as quais muito pouco se estuda e menos ainda se sabe acerca de seu volume.

Não se dispensará aqui maiores comentários sobre a extinção da obrigação quando ocorre a substituição das partes que contrataram inicialmente, como do fiduciante, na sub-rogação, e o fiduciário, na da cessão de crédito. O foco é a extinção do negócio pactuado, e não a mera transferência, para terceiros, de direitos e deveres obrigacionais, deixando o negócio de existir para os cedentes.

Pelo fato de o adimplemento ser a solução esperada entre os contratantes, não haverá diferença entre as regras de pagamento previstas na legislação especial e aquelas contidas no CC, como apontam Paulo Restiffe Neto e Sérgio Restiffe (2000, p. 633). Contudo, os mesmos autores assinalam a diferença no que se refere ao inadimplemento, que gera consequências disciplinadas em regras específicas. Mas por não ser causa de extinção da obrigação, tal matéria não será tratada neste momento.

Porém, há outras formas de extinção da obrigação, pois ainda pode-se contar com a revogação, a renúncia do beneficiário e o distrato, como salienta Chalhub (2009, p. 53). O

³ Item 1.2.3.

primeiro e o segundo consideram-se como uma rescisão unilateral e o terceiro impõe-se com a bilateralidade.

O distrato, como assinala Venosa (2002, p. 497), “é o mútuo consenso para o desfazimento do vínculo (contratual)”. Este autor considera, ainda, que esta forma de rescisão será necessária em contratos que são considerados mais complexos e geram efeitos a partir de sua conclusão, “e quando se trata de alienação imobiliária, o ato pode gerar nova transmissão de propriedade, com nova incidência tributária” (2002, p. 498).

Nos casos de revogação ou renúncia, importante atentar para o CC, em seu capítulo II, Seção I, art. 473, que determina que, apesar da rescisão ser unilateral, deve-se notificar à outra parte, o que a qualifica como receptícia.

1.2.7 Figuras Afins

Serão apresentados, adiante, alguns pontos de contato entre o negócio fiduciário e outras modalidades de contratação com os quais o tema em estudo se aproxima.

1.2.7.1 Negócio Simulado

Desde os estudos apresentados por Reselberger, em muitos momentos são encontradas posições doutrinárias que afirmam que o negócio fiduciário seria um negócio simulado.

No entanto, ao se analisar as afirmativas de Francesco Ferrara, citado por Orlando Gomes, não restam dúvidas de que o negócio fiduciário é distinto do negócio simulado:

- 1) o negócio simulado é um negócio ficto, não real; o negócio fiduciário é um negócio querido e existente;
- 2) o negócio simulado se realiza para suscitar uma aparência, uma ilusão; o negócio fiduciário quer suprir a ordem jurídica lacunosa ou evitar certas conseqüências importunas que derivam do negócio;
- 3) o negócio simulado é negócio único, jejuno de consentimento; o negócio fiduciário é a combinação de dois negócios sérios, um, de natureza real, o outro, obrigacional, em partes elidentes; com uma influência contrária;
- 4) o negócio simulado não pretende alcançar o resultado econômico diverso do jurídico; o fiduciário quer o resultado jurídico, mas sem o correspondente resultado econômico entre o escopo econômico e o meio jurídico adotado;
- 5) o negócio simulado é absolutamente nulo; assim não acarreta a transferência do direito e, por isso, o simulante continua proprietário (GOMES, 1975, p. 25).

Ao se analisar o disposto no art. 167, do CC⁴, é possível verificar que não há no negócio fiduciário propriamente dito a conduta descrita no inciso I do mencionado dispositivo, pois não há distinção entre o declarado e a vontade do fiduciante e do fiduciário e também não se pretende ludibriar a terceiros.

Obviamente, se no negócio fiduciário for lançada data anterior ou posterior ou “contiver declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira”, o mesmo poderá ser anulado, isso porque todo e qualquer negócio jurídico contém tal prerrogativa.

1.2.7.2 Negócio Indireto

Os negócios jurídicos indiretos são aqueles em que as partes buscam, por meio de um contrato típico regular, obter efeitos além do que tal modalidade permite. Por essa definição, estudada em cotejamento com o que anteriormente foi visto, poder-se-ia afirmar que o negócio fiduciário tem entre suas características o fato de ser um negócio jurídico indireto.

Entretanto, ao tratar do assunto, Lima destaca que a classificação do negócio fiduciário como negócio jurídico indireto não se reveste de maior importância, uma vez que aquele continua tendo seus aspectos característicos. Antes, porém, ensina que:

Uma corrente, que, segundo PUGLIESE, compreende ASCARELLI, GECO e CARIOTA FERRARA, sustenta que o negócio fiduciário é uma espécie particular do negócio jurídico indireto. Outros, ao contrário, sustentam que o negócio fiduciário constitui uma categoria própria e especial, contrapondo-se nitidamente aos negócios indiretos (LIMA, 1962, p. 207-208).

Por fim, deve-se destacar que os negócios indiretos não são uma categoria jurídica, enquanto os negócios fiduciários o são.

⁴ Art. 167: É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. §2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

1.2.7.3 Pacto de Retrovenda

Há alguns pontos de contato entre o negócio fiduciário de garantia e o pacto adjeto de retrovenda, especialmente se for analisado o caráter resolúvel que o comprador e o fiduciário detêm sobre o bem transferido, tanto que “Na sua Consolidação das Leis Civis, Teixeira de Freitas denominou-a venda fiduciária, o que evidencia a facilidade de confundi-la com os negócios fiduciários em geral” (FELICIANO, 1999, p. 196).

Primeiramente, tem-se como distinção o fato de que somente na compra e venda de bens imóveis é que será possível pactuar cláusula de retrovenda (CC, art. 505), enquanto no negócio fiduciário de garantia qualquer bem ou direito pode ser objeto de transferência.

Além disso, nesta última modalidade não há prazo máximo exigido em lei para que seja exercido o direito de reaver o imóvel, enquanto na retrovenda o prazo é de 3 (três) anos, e só poderá ser exercido pelo vendedor.

Outra diferença ocorre em relação à natureza do vínculo, por meio do qual o fiduciário e o comprador estarão atrelados. Na alienação fiduciária, a natureza do direito do fiduciante ter reintegrado ao seu patrimônio o bem transmitido é real, portanto, *erga omnes*, ao passo que na retrovenda a natureza é meramente obrigacional entre os contratantes, de forma que se o comprador se negar a restituir a coisa, poderá ser compelido judicialmente ou responder por perdas e danos.

Porém, a grande distinção ocorre no objetivo de cada um dos institutos. Na alienação fiduciária em garantia, como o próprio nome diz, o objetivo das partes é a garantia, acessoriedade, de uma outra obrigação. O pacto adjeto de retrovenda não tem esse aspecto, pois o objetivo é transmitir o domínio resolúvel.

Para Orlando Gomes (1975, p. 28-31), somente haveria semelhanças entre a alienação fiduciária em garantia e a retrovenda quando esta acobertasse um negócio jurídico simulado.

1.2.7.4 Venda com Reserva de Domínio

Conforme dicção do art. 521 do CC, “na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago”. A primeira constatação é de que, ao contrário da retrovenda, a venda com reserva de domínio somente pode ocorrer quando houver compra e venda de bens móveis.

Depois, pode-se observar que enquanto na alienação fiduciária a transferência da propriedade do devedor fiduciante para o credor fiduciário é um dos seus requisitos fundamentais, na venda com reserva de domínio a propriedade ficará com o vendedor até que o preço ajustado seja satisfeito pelo comprador, embora a entrega, tradição, ocorra em momento anterior.

Guilherme Guimarães Feliciano aponta outra distinção entre a venda com reserva de domínio e a alienação fiduciária em garantia, que pode ser considerada como definitiva:

Na primeira, a propriedade do bem, realizada a condição, transfere-se para o comprador; não implementada tal condição o domínio mantém-se com o vendedor. Na segunda, *impleta condicione*, o domínio retorna ao alienante, e *defecta condicione* passa ao terceiro, após a venda judicial ou extrajudicial do bem (FELICIANO, 1999, p. 203).

Aparentemente as duas modalidades apresentam uma semelhança externa, no entanto, ao se analisar os requisitos do negócio, constata-se que há diferenças claras entre ambas.

1.2.8 Tipos de Negócios Fiduciários

Basicamente os negócios fiduciários se dividem em duas modalidades: os que servem para administração dos bens ou direitos e aqueles utilizados com escopo de garantia.

1.2.8.1 Negócio Fiduciário de Administração

O negócio fiduciário para fins de administração ocorre quando o fiduciante transfere ao fiduciário, por este deter maiores conhecimentos sobre o assunto ou simplesmente por não pretender participar de uma determinada situação, os poderes para que este o faça em seu nome.

Não se está diante de um mandato, já que o fiduciário, que figura como proprietário dos bens e direitos, atuará de acordo com o estabelecido no pacto. No mandato, a atuação do mandatário ocorre em nome do mandante.

1.2.8.1.1 Negócio Fiduciário de Investimentos

O negócio fiduciário para fins de investimento é uma das formas de fidúcia para administração, em que o fiduciante transfere ao fiduciário, geralmente, um fundo de investimento, que pode atuar como fundo de investimento financeiro ou como fundo de investimento imobiliário, desde que atenda os requisitos exigidos pelos órgãos reguladores. Neste caso, o fiduciante pagará ao fiduciário um valor, conhecido como taxa de administração, para que este faça as aplicações de acordo com o regulamento do fundo, que nada mais é do que o pacto fiduciário.

No Brasil, os fundos de investimento imobiliário são regulados pela Lei nº 8.668/93. Já os fundos de investimentos financeiros têm o regramento básico estabelecido na Lei nº 4.728/65, que também institui a alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro, e com forte regulamentação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários.

As vantagens para os contratantes são evidentes, sendo que o fiduciante tem a tranquilidade de que está transferindo a propriedade para quem tem amplo conhecimento do mercado e atuará de forma a obter o melhor retorno, enquanto o fiduciário conseguirá concentrar grande volume de dinheiro e, com isso, conseguir obter melhores taxas de retorno, além de reduzir, o problema de liquidez, pois os fiduciantes, por intermédio do fiduciário, poderão comprar ou vender suas quotas.

A atuação do fiduciário no mercado financeiro ou imobiliário não se dará em nome do fiduciante, mas sim, em nome próprio. Da mesma forma, não há confusão entre os patrimônios do fiduciante, do fiduciário e do fundo de investimento, em razão do patrimônio de afetação gerado a partir do pacto fiduciário.

1.2.8.1.2 Negócio Fiduciário Societário

Encontra-se na cessão fiduciária para fins societários, nas sociedades anônimas, possibilidade de outro negócio fiduciário para fins de administração. Nela o fiduciante, “por qualquer razão, julga inconveniente dar, pessoalmente, votos de desconfiança aos administradores e, por isso, atribui a outra pessoa esse encargo, transmitindo-lhe a titularidade fiduciária das ações” (CHALHUB, 2009, p. 52).

Embora tenham ocorrido algumas discussões na seara do antigo direito comercial, agora empresarial, sobre como se apresentaria o sócio fiduciário perante a sociedade de ações e perante os demais acionistas, a lição de Francesco Ferrara, transcrita por Lima, não deixa dúvidas sobre o assunto:

O fiduciário é um verdadeiro acionista, proprietário efetivo da ação, tanto nas relações internas quanto nas externas, e por isso exerce legitimamente os direitos sociais e intervém nas assembléias, sem que o fim econômico da representação seja mais do que o motivo da transferência. Ao transmitente somente corresponde um direito pessoal em relação ao cessionário para obrigar manter-se dentro da finalidade que motivou a transferência e para obter, portanto, eventualmente, a retrocessão da ação alienada (LIMA, 1962, p. 231).

Na Lei nº 6.404/76, há menções expressas sobre negócio fiduciário nos arts. 40, 100 e 113.

1.2.8.1.3 Negócio Fiduciário para Recomposição de Patrimônio

Outra forma de negócio fiduciário com finalidade de administração é a sua utilização para recomposição de patrimônio, por meio da qual o fiduciante, por não deter conhecimentos técnicos ou condições de administrar o seu patrimônio, que se encontra onerado, o transfere a alguém, fiduciário, para que o faça em seu nome e, uma vez recomposto o patrimônio, restitua a propriedade plena ao fiduciante.

Esse negócio fiduciário não está regulado pela legislação brasileira, porém, nada impede que seja pactuado, observando as regras gerais.

1.2.8.1.4 Fideicomisso

O CC, em seus arts. 1951 a 1960, inseridos no Livro V – Do Direito das Sucessões, Título III – Da Sucessão Testamentária, regula o instituto do fideicomisso, pelo qual o testador pode estabelecer que seu legado ou herança transmita-se de forma resolúvel e restrita a um fiduciário que estará obrigado a retransmitir a propriedade ao fideicomissário, no momento, forma e condições estabelecidas no testamento.

Encontra-se, portanto, diante de um tipo de negócio fiduciário de administração, em que o fiduciário recebe a propriedade do testador, fiduciante, devendo administrá-la de acordo com o que foi estabelecido no testamento, empregando todo o zelo necessário e, verificada a

condição resolutive instituída, que pode ser a morte do fiduciário, a maioria do beneficiário, a obtenção de determinado grau de ensino pelo beneficiário, dentre várias outras, transferi-la ao fideicomissário, beneficiário.

Enquanto não ocorrer a condição resolutive, o fideicomissário terá apenas um mero direito expectativo em relação aos bens e direitos fideicomitidos, tanto que se o beneficiário falecer antes do fiduciário, a propriedade será consolidada em nome deste, sem qualquer restrição.

O instituto do fideicomisso assemelha-se ao do usufruto. Todavia, no primeiro, é possível estabelecê-lo em favor daqueles que ainda não tenham nascido no momento em que falecer o testador. Caso o fideicomissário venha nascer antes da morte do testador, o fideicomisso transformar-se-á em usufruto.

Há poucas discussões, enquanto o referido instituto for aplicado apenas *causa mortis*. Contudo a celeuma aflora quando se analisa a possibilidade da instituição de fideicomisso *inter vivos*, com a transferência do bem antes da morte do constituinte, geralmente representado por uma doação com cláusula de inalienabilidade.

Em que pesem alguns posicionamentos doutrinários contrários, como de Orlando Gomes (2004, p. 211) e Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 300), ambos citados por Christoph Fabian (2007, p. 124-125), o entendimento jurisprudencial e também do último doutrinador é de que é possível a instituição antes do falecimento do fideicomissário sem desvirtuamento do instituto.

1.2.8.2 Negócio Fiduciário para Garantia

Sem dúvida alguma, esta forma de negócio fiduciário é a mais utilizada, além de ser a mais discutida em nossos tribunais e, por isso mesmo, recebe maior atenção dos doutrinadores.

É regra que vale para qualquer tipo de negócio fiduciário de garantia, que este será sempre acessório a outro ajuste, uma vez que a intenção das partes é a de dar maior segurança aos contratantes, pois o credor fiduciário terá maiores garantias para o recebimento do seu crédito e, o devedor fiduciante, a certeza de que o bem ou direito transmitido no negócio fiduciário retornará ao seu patrimônio, uma vez cumprida a obrigação principal.

1.2.8.2.1 Venda com Escopo de Garantia

Para fins meramente didáticos, enquanto o tema em discussão for o negócio fiduciário, será utilizada a expressão “venda em garantia” e não a “alienação fiduciária em garantia”, pois como leciona Orlando Gomes:

No propósito de prevenir a objeção, o legislador pátrio evitou a expressão venda em garantia. Preferiu nomeá-la alienação fiduciária. Conquanto importe em alienação, o contrato de compra e venda é apenas um dos meios pelos quais se promove a alienação (GOMES, 1975, p. 74).

Nesta modalidade de negócio fiduciário, os contratantes não pretendem, efetivamente, realizar uma operação de compra e venda. Eles buscam uma garantia adicional a um negócio jurídico que estabelece o pagamento de um valor pelo fiduciante ao fiduciário.

Mesmo não sendo o objetivo principal realizar a compra e venda, ou seja, troca de coisa por dinheiro (CC, art. 481), as partes contratantes deverão observar todos os requisitos necessários para a realização daquele negócio jurídico. Contudo, a desproporcionalidade do preço, que na compra e venda é um dos requisitos essenciais para a validade do negócio, na venda para fins de garantia não poderá invalidar o negócio, pois o preço será o valor da dívida e não o valor do bem. Até porque “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, conforme dispõe o art. 112 do CC.

No sentido de ter maior segurança quanto à possibilidade de recuperar o seu crédito, o fiduciário assume a propriedade de um bem ou direito, obrigando-se a dar a destinação pactuada e, ao final, solvido o débito, restituir o que lhe fora transferido ao fiduciante.

Embora pareça que a vantagem nesta operação seja apenas do credor fiduciário, o fiduciante é beneficiado também, uma vez que prestando maiores garantias ao seu débito, conseguirá pactuar melhores condições, como taxa de juros e, além disso, poderá permanecer usufruindo o bem ou direito enquanto liquida o seu débito e, uma vez cumprido o contrato, voltará a exercer a propriedade plena sobre o bem.

1.2.8.2.2 Cessão Fiduciária de Créditos

Este negócio fiduciário ocorre quando, exemplificativamente, uma empresa realizou operações mercantis para recebimento aprazado e, junto a uma instituição financeira, busca a antecipação de tais recebíveis. Neste momento, ocorre o contrato de desconto, no qual a instituição, cobrando taxa de juros ajustada, antecipa o pagamento dos títulos à empresa. Até aqui não se tem nenhum negócio fiduciário.

Contudo, a empresa, como forma de garantir o pagamento daquela antecipação, transfere a propriedade fiduciária dos títulos à instituição financeira, para que ela realize a cobrança dos mesmos perante o devedor originário.

Chalhub discorre:

Por meio da cessão, o cessionário é investido da condição de credor, com todos os poderes inerentes a este, inclusive o de valer-se de todas as ações e execuções a que o credor está legitimado, mas, recebendo o crédito, não pode apropriar-se da totalidade do produto, mas apenas do *quantum* correspondente ao seu crédito, ou retendo o produto recebido até que o devedor-cedente pague sua dívida (CHALHUB, 2009, p. 51).

Insta destacar que o devedor-cedente, que assume a condição de fiduciante, era titular do crédito originário da operação em relação a terceiro que, no exemplo indicado inicialmente, adquiriu a mercadoria. Em face à realização do negócio fiduciário de cessão de crédito, há a transferência da titularidade do crédito originário ao fiduciário.

1.3 Síntese

Ao longo deste Capítulo foram apresentadas as origens históricas da fidúcia no direito romano, direito germânico, inglês e espanhol, em razão de serem os sistemas jurídicos que deram origem ao negócio fiduciário, tal qual é concebido hoje no Brasil, excetuando-se o direito espanhol, que é destacado apenas para fins didáticos. É certo que alterações ocorreram ao longo dos tempos, mas é possível ainda encontrar os mesmos elementos, sobretudo a confiança, ou seja, a fidúcia em todas as relações.

Em seguida, foram apresentados os negócios fiduciários e os requisitos necessários para que o mesmo exista, sendo condição essencial, no ordenamento jurídico brasileiro, que estejam presentes duas pessoas distintas que assumirão a condição de fiduciante e de fiduciário, sendo que as figuras do beneficiário e do terceiro prestador de garantia são

facultativas, mas, uma vez previstas, deverão o fiduciante e o fiduciário observar o que o pacto sobre eles se referiu.

Destacou-se também que a forma de contratação a ser utilizada nos negócios fiduciários, que, atualmente, poderão ter por objeto bens fungíveis ou infungíveis. Quanto à propriedade fiduciária, demonstrou-se que ela é diferente da propriedade plena, já que o fiduciário se torna proprietário formal e o fiduciante detém a propriedade material.

Apesar dos pontos de contato entre o negócio fiduciário e os negócios simulados, negócio indireto, pacto de retrovenda e venda com reserva de domínio, restou esclarecido que os últimos se afastam do primeiro, pois, naquele, as partes pretendem, efetivamente, aquilo que contratam, ao contrário dos outros.

Logo após, foram apresentadas algumas modalidades de negócio fiduciário, das quais se destaca as de administração, que podem ser de investimento, societário, de recomposição de patrimônio e o fideicomisso, CC, arts. 1.951 a 1.960, e as de garantia, que são a cessão fiduciária de crédito e a venda com escopo de garantia.

É sobre esta última modalidade de negócio fiduciário, venda com escopo de garantia, mais conhecida como alienação fiduciária em garantia, que se dedicará o próximo Capítulo.

2 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO BRASIL

2.1 Histórico legislativo

A introdução da alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu por meio do art. 66 da Lei nº 4.728/65 (Lei de Mercado de Capitais), que posteriormente foi alterada pelo Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, para incluir, além de questões de ordem material, aspectos processuais quanto à retomada do bem objeto da garantia.

Tais normas estabeleciam apenas a possibilidade de se contratar a alienação fiduciária em garantia para bens móveis e no âmbito do mercado de capitais, ou seja, somente quando o credor fiduciário fosse uma instituição autorizada pelo Banco Central a atuar naquele mercado é que poderiam ser firmados contratos com tal garantia.

O Decreto-Lei nº 911/69 foi alvo de muitas críticas, especialmente pela possibilidade de conversão da ação de busca e apreensão em depósito e, caso não apresentada a garantia, a decretação da prisão civil do devedor fiduciante. Tal celeuma persistiu até que o STF se posicionou de forma contrária à possibilidade de ser decretada a prisão civil por dívida.

Por meio da Lei nº 10.931/2004, foi alterada a redação do Decreto-Lei mencionado, sobretudo nos aspectos processuais da ação de busca e apreensão, incluído na Lei nº 4.728/65 o art. 66-B, em que há menção de que a alienação fiduciária em garantia deverá se submeter

às regras gerais estabelecidas no CC e, também, às específicas constantes da Lei do Mercado de Capitais.

Restiffe Neto e Restiffe, na obra ‘Garantia Fiduciária’ (2000, p. 35-47), trazem um panorama histórico sobre a configuração da alienação fiduciária no direito positivo brasileiro. A começar pela década de 1960, na qual o referido instituto teve o seu aparecimento na Lei de Mercado de Capitais de 1965 e sua consolidação pelo Decreto-Lei nº 911/69, tendo este último ficado conhecido como a ‘Lei da Alienação Fiduciária’ (LAF).

Nessa mesma década, o instituto fiduciário ainda foi citado – com a introdução da cessão fiduciária em garantia – na Lei nº 4.864 de 29 de novembro de 1965, para estimular a indústria da construção civil; já em 1967, a Circular Bacen 75 incluiu a alienação fiduciária como garantia para operações de crédito rural; e, ainda pelo Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, ficou disposto a não-tributação do ICMS sobre a alienação fiduciária em garantia; ademais, no início de 1969, o governo estabeleceu a validação do instituto para financiamentos e capital de giro empresariais através do Decreto-Lei nº 413 de 09 de janeiro de 1969, que discorria sobre o FINAME (Financiamento Industrial para Aquisição de Máquinas e Equipamentos).

No ano de 1973 foi determinado que o contrato com cláusula de alienação fiduciária em garantia passaria a surtir efeitos em relação a terceiros, conforme o art. 129, item 5º, da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973 – Lei dos Registros Públicos; em 1975, através da Lei nº 6.313 de 16 de dezembro de 1975, estabeleceu-se a possibilidade de garantia fiduciária cedular em relação à Cédula de Crédito à Exportação; já em 1976, pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.604 de 15 de dezembro de 1976, art. 40), ficou determinada a averbação nas ações societárias gravadas com alienação fiduciária em administração.

Na década de 1980, teve-se a instituição da alienação fiduciária cedular sobre a cédula de crédito comercial, conforme o disposto nos arts. 4º e 5º da Lei nº 6.840 de 03 de novembro de 1980, que dispõe sobre os títulos de crédito comercial; em 1986, o Código Brasileiro de Aeronáutica, pela Lei nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986, arts. 148 a 152, tratou da alienação fiduciária em garantia de aeronaves e seus equipamentos.

Nos anos 1990, teve-se a aparição e consolidação da legislação base do tema deste trabalho. Pela primeira vez, em 1993, a alienação fiduciária foi relacionada aos bens imóveis, porém, não foi em relação à garantia e, sim, à gestão; destarte, a Lei nº 8.668/93, trouxe em seu conteúdo a inserção da alienação fiduciária para administração das ações integrantes das carteiras dos Fundos de Investimento Imobiliário; um ano depois, em 1994, foi criada a Cédula de Produto Rural (CPR).

Finalmente, em 1997, foi promulgada a Lei nº 9.514, que, como salientou Chalhoub (2009, p. 134), tratou sobre a titularidade fiduciária dos direitos creditórios, oriundos da comercialização de imóveis, propriedade fiduciária de bens imóveis em geral, para fins de garantia e, ainda, sobre o processo de securitização de créditos imobiliários.

O Capítulo 3 do presente estudo é dedicado à alienação fiduciária em garantia sobre coisa imóvel, prevista no Capítulo II da Lei nº 9.514/97, com a análise de todos os dispositivos.

Nos anos 2000 até os dias atuais, pode-se destacar o ano de 2001, com a Lei nº 10.188 de 12 de fevereiro de 2001, que tratou do Programa de Arrendamento Residencial; em 2004, a Lei nº 10.931/2004 discorreu sobre a titularidade fiduciária de direitos sobre bens imóveis, títulos de crédito e, ainda, sobre a propriedade fiduciária de coisa fungível, dando nova redação ao art. 66 e inserindo o art. 66-B, ambos da Lei nº 4.728/65, modificando e incluindo artigos na redação original da Lei nº 9.514/97; no mesmo ano, a Lei nº 11.076 de 30 de dezembro de 2004 tratou da securitização de créditos vinculados à agropecuária.

Contudo, a mais importante normatização ocorrida nos últimos tempos foi a realizada pelo CC, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, arts. 1361 a 1368.

As normas citadas anteriormente trataram do que se convencionou chamar de “fidúcia legal”, ou seja, aquela decorrente de lei, pois o negócio fiduciário, de modo geral, nunca foi vedado no Brasil, de forma que, a contrário *sensu*, estava permitido. Como ressaltou Feliciano (1999, p. 218):

Anteriormente à positivação da alienação fiduciária em garantia, alguns doutrinadores nacionais já tangenciavam a questão, protagonizando discussões que viriam a ser proveitosas para a exegese do próprio instituto da Lei nº 4728, por lançar luz a algumas particularidades da figura, permitindo sua distinção quando em cotejo com outras semelhantes (FELICIANO, 1999, p. 218).

Os autores a quem se refere Feliciano são Pontes de Miranda, Lima, J. X. Carvalho de Mendonça e Eduardo Espínola.

De forma genérica, um dos grandes problemas enfrentados pelo negócio fiduciário eram os remédios processuais cabíveis para o caso de inadimplemento contratual, tanto por parte do devedor fiduciante quanto do credor fiduciário. Ao se estabelecer aspectos procedimentais e processuais, e não só materiais, as referidas normas legais trouxeram maior segurança jurídica aos contratantes, apontando qual o caminho jurídico a ser tomado em cada uma das situações.

As normas legais não foram aplicadas pelos Tribunais pátrios de maneira linear ao longo do tempo, pois elas mereceram ajustes necessários à adequação em cada momento vivido pelas partes contratantes, pela sociedade e pelo Estado. Nas palavras de Mezzari:

O direito é dinâmico em sua interpretação. A verdadeira justiça se faz com vistas à proteção do Estado, da sociedade e do indivíduo, segundo os interesses em jogo e não necessariamente nessa ordem. Mas sempre, como num movimento libertador das amarras, na facilitação do acesso de todos a todas as vantagens do Estado moderno (MEZZARI, 1998, P. 20).

Assim, a evolução legislativa sobre a alienação fiduciária em garantia será sempre necessária, para adequação às necessidades práticas decorrentes da aplicação das normas existentes atualmente.

2.2 A alienação fiduciária em garantia no Código Civil

Como se demonstrou anteriormente, até o advento do CC, a regulamentação da propriedade fiduciária em garantia era realizada por normas esparsas no sistema legal brasileiro. A codificação dessa modalidade de garantia real representou o reconhecimento de mais de 30 (trinta) anos de sua aplicação prática, regulada pela Lei nº 4.278/65.

A redação inicial dos dispositivos que trataram da propriedade fiduciária estabelecia, somente, a possibilidade de constituição sobre bens móveis infungíveis, conforme redação do art. 1.361⁵. Houve alguns posicionamentos doutrinários no sentido de que todas as normas anteriores à vigência do CC estariam revogadas, pois elas poderiam contrariar a norma codificadora, ou seja, se as leis especiais não regulassem a alienação fiduciária em garantia de bens móveis infungíveis – e tal característica somente a Lei nº 4.278/65 detinha –, a norma estaria revogada.

Chalhub (2009, p.133), sustenta que o CC não revogou expressamente, não regulamentou a matéria inteiramente, nem trouxe dispositivos conflitantes com as normas anteriores: “o Código Civil regulamentou apenas a espécie de propriedade fiduciária (a propriedade fiduciária de bens móveis, em garantia), mas não tratou do gênero propriedade fiduciária (...)”.

⁵ Art. 1.361 Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

Entretanto, a redação do art. 1368-A, do CC, introduzido pela Lei nº 10.931/2004, que também modificou a redação da Lei nº 4.728/65 e da Lei nº 9.514/97, sepultou qualquer polêmica sobre o tema ao estabelecer que:

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.

Dessa forma, tem-se que todas as normas que estabeleçam a propriedade fiduciária sobre coisas diversas da prevista no CC, como por exemplo, a Lei nº 9.514/97, que trata de bens imóveis, ou da Lei nº 4.728/65, que trata da Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais, tem sua regularidade reconhecida e podem ser aplicadas harmoniosamente ao que dispõe o CC.

O estabelecido no CC nada mais foi do que a codificação de princípios e regras gerais já amplamente aplicadas no mundo jurídico e financeiro, como expõe Venosa:

O novo Código procurou dar contornos gerais à matéria sob a epígrafe propriedade fiduciária, nos arts. 1.361 a 1.368. Dessa forma, a maioria das disposições de direitos material passam a ser reguladas pelo novo Código, e não mais pela legislação anterior. Aponte-se, porém, de plano, que o novel legislador utiliza-se em linhas gerais dos mesmos princípios da lei anterior, a qual foi, sem dúvida, absorvida pelo novo ordenamento civil, mercê de seus excelentes resultados práticos. (VENOSA, 2003, p.550, V):

Por este motivo, o art. 66-B da Lei nº 4.728/65⁶ determina que todos os requisitos previstos no CC sejam observados pelos contratantes, o que não poderia ser diferente, já que o objeto de ambas é idêntico.

Contudo, o mesmo art. 66-B, em seu § 3º, admite a *alienação de coisa móvel fungível*. Quanto a tais bens, que não são regulados pelo CC, deve-se observar estritamente o que dispõe as normas especiais, que permitiram a ampliação da contratação de alienação fiduciária em garantia para além dos dispositivos codificadores, sem que houvesse conflito entre as duas normas.

O alargamento para utilização da propriedade fiduciária por qualquer pessoa – o CC não faz qualquer restrição à sua utilização – é uma questão de ordem material, ou seja,

⁶ Art. 66-B O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

qualquer pessoa poderá contratar a transferência da propriedade fiduciária, observadas as regras estabelecidas especificamente para o tema.

Mas, ao se considerar uma propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, transferida para garantia de obrigação assumida por uma pessoa junto à outra que não faça parte do mercado financeiro ou de capitais, tem-se que não será possível aplicar as regras processuais estabelecidas no art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69⁷, também com redação alterada pela Lei nº 10.931/2004, devendo observar os procedimentos ordinários estabelecidos no CPC, para retomada do bem que era objeto de garantia.

Se os bens transferidos em alienação fiduciária em garantia forem imóveis, como a Lei nº 9.514/97 que a instituiu facultou o seu ajuste por qualquer pessoa, integrante ou não do Sistema Financeiro Imobiliário ou Sistema Financeiro da Habitação, os procedimentos de consolidação da propriedade do imóvel e sua retomada poderão ser aplicados, independentemente de quem sejam as partes contratantes.

Quanto a Lei nº 9.514/97, convém ressaltar que ela contém norma que contraria o disposto no art. 1.366, do CC⁸, sendo que naquela lei especial está previsto expressamente, art. 27, § 5º⁹, que se não houver lance em valor mínimo estabelecido na lei para o imóvel, a dívida será considerada extinta, ao passo que, o referido artigo do CC estabelece que “continuará o devedor obrigado pelo restante”, se o valor obtido com a venda da coisa móvel não for suficiente para saldar o débito.

Os dispositivos do CC que tratam da alienação fiduciária em garantia não trouxeram grandes novidades legislativas, pelo contrário, repetiram normas e princípios amplamente utilizados em nosso sistema. Porém, a ausência de novos preceitos não significa atraso, mas, sim, o reconhecimento de que uma norma em vigor desde 1965 ainda pode ser adequada para regular os negócios fiduciários de garantia.

⁷ Art. 3º O Proprietário Fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

⁸ Art. 1.366 Quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante.

⁹ § 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

2.3 A propriedade fiduciária

Exposta em sua forma genérica no Capítulo 1 desta dissertação¹⁰, a propriedade fiduciária foi apresentada como característica do negócio fiduciário, abordado de maneira geral.

Contudo, certa distinção, ou pelo menos uma limitação, deve ser feita quando se trata de alienação fiduciária em garantia, pois “não há confundir a *propriedade fiduciária* decorrente da alienação fiduciária em garantia com a que se transferiu ou prometeu transferir através de negócio fiduciário” (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 71.616, 11 de dezembro de 1973).

Ademais, o doutrinador Moreira Alves, ao tratar da alienação fiduciária em garantia de coisas móveis prevista na Lei nº 4.728/65, coloca a propriedade fiduciária em garantia em posição diferenciada no ordenamento brasileiro, distinguindo-a da propriedade que era constituída no negócio fiduciário do tipo romano e do tipo germânico, seguindo o entendimento do STF:

Em conclusão, verifica-se que a alienação fiduciária em garantia, negócio jurídico típico que é, não se enquadra entre os negócios fiduciários propriamente ditos, diferenciando-se, também, dos negócios fiduciários do tipo germânico; e, ainda que apresente semelhanças com o *trust receipt* e vários pontos de contato com o *chattel mortgage*, é instituto próprio do direito brasileiro, em cujo sistema – do qual, à primeira vista, parece aberrar – se ajusta dogmaticamente, já prestando amplo benefício como instrumento jurídico adequado à segurança do crédito (ALVES, 1979, p. 32).

[...] É ela (propriedade fiduciária em garantia) direito real típico que a lei criou para atender, especificamente, a determinada necessidade de ordem econômica, e, não, direito real que, mediante vínculo contratual ou a aposição de condição resolutiva, se subtrai à finalidade econômica para que foi criado, utilizando-se dele para outro fim prático que não o previsto na lei para aquela figura típica (ALVES, 1979 p. 115).

Há vários entendimentos conflitantes no concernente às particularidades da natureza da propriedade fiduciária. No entanto, a concepção desta como propriedade resolúvel é entendimento consolidado pelos doutrinadores. A resolubilidade é questão que impõe uma condição ao contrato de alienação em garantia, determinada por força de lei que se instaura até a extinção da obrigação contraída.

A resolução da propriedade fiduciária decorre de lei, e não poderão as partes pactuar em sentido contrário, nem poderá o credor fiduciário criar obstáculos para a sua efetiva

¹⁰ Item 1.2.2.

resolução. Nesse sentido, andou bem a Lei nº 9.514/97, ao fixar um prazo máximo para que o credor fiduciário forneça o termo de quitação ao fiduciante e também uma multa para o seu descumprimento¹¹.

A propriedade fiduciária será estabelecida por meio de um contrato em que o devedor fiduciante e o credor fiduciário estabelecerão as condições gerais do negócio principal, geralmente um mútuo, e também as condições de transferência da coisa objeto da garantia.

Mas, além do caráter resolúvel, também está presente na propriedade fiduciária, decorrente de alienação, o caráter transitório, ou seja, o próprio contrato que estabelece as condições para sua criação estabelece até quando ela perdurará, não tendo assim, o caráter perpétuo que é inerente à propriedade plena.

Não é, portanto, a propriedade plena que aliena, mas a propriedade limitada. Consiste a limitação, primeiramente, numa restrição temporal. O fiduciário não adquire senão uma propriedade temporária, sujeita a condição resolutiva. Tem, em suma, propriedade restrita e resolúvel. (GOMES, 1975, p. 80).

Não basta a celebração do contrato para que a propriedade fiduciária seja instituída, é necessário, quando a garantia for coisa imóvel, que o mesmo seja registrado perante o Registro de Imóveis onde estiver matriculado. Se a garantia for bem móvel, o registro deverá ser feito no DETRAN, quando veículos automotores, e no Registro de Títulos e Documentos, quando for diversa a natureza da coisa móvel.

O registro do contrato serve para dar publicidade a terceiros de uma situação jurídica que era apenas de conhecimento das partes contratantes, assim como, para fixar os limites das responsabilidades de cada um dos contratantes.

A extinção da propriedade fiduciária acontecerá, na maioria das vezes, em decorrência do adimplemento contratual, momento em que a condição se efetivará e o fiduciante, que já não é mais devedor, passará a deter a propriedade plena da coisa, podendo dar a ela a destinação que desejar.

Outra forma de extinção da propriedade fiduciária ocorrerá quando a propriedade resolúvel consolidar-se em nome do credor fiduciário, em razão do inadimplemento contratual pelo devedor fiduciante.

¹¹ Art. 25, § 1º No prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.

Também se extinguirá a propriedade fiduciária em decorrência de garantia pelo perecimento da coisa, seja, entre outras possibilidades, por furto ou roubo, em se tratando de bem móvel, seja por demolição ou desapropriação, quando a garantia for coisa imóvel.

Se a propriedade fiduciária extinguir-se, pelo perecimento da coisa ou pelo inadimplemento contratual, remanescerá a obrigação principal do devedor fiduciante, visto que a garantia era acessória a ela, conforme manifestação do STJ sobre o tema:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO – VÍCIO NO CONSENTIMENTO – NEGÓCIO PRINCIPAL INVÁLIDO – INVALIDADE DO ACESSÓRIO – COMPRA E VENDA COM GARANTIA FIDUCIÁRIA – RECURSO IMPROVIDO. Nos termos do art. 184, segunda parte, do CC/2002, a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal. Recurso Especial improvido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 760.545/RS. Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 20/11/2009).

A propriedade fiduciária decorrente de garantia é indivisível, de forma que não poderá o devedor fiduciante que cumpriu apenas parte do ajustado pleitear a exoneração da garantia em relação a determinados bens. Embora tal regra esteja inserida no CC, no Título X, que trata de garantias reais sobre coisas alheias, penhor, hipoteca e anticrese, aplica-se à propriedade fiduciária a restrição do art. 1.421.¹², conforme remissão do art. 1.367 do mesmo diploma.

Outra particularidade em relação à propriedade fiduciária ocorre quando o credor tem consolidado em seu nome a propriedade do bem objeto da garantia, visto que ela não é plena, pois tanto para bens móveis¹³ quanto para imóveis¹⁴, há a obrigatoriedade de que o bem seja vendido pelos meios próprios.

Ao mesmo tempo em que se facilita ao fiduciário a possibilidade de rápida consolidação da propriedade em seu nome, impõe-se-lhe um ônus, com o objetivo de evitar abusos por parte do credor junto ao devedor.

Orlando Gomes, ao tratar sobre o tema, assim se posicionou:

¹² Art. 1.421 O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.

¹³ CC - Art. 1.364 Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, e aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.

¹⁴ Lei nº 9.514/97 - Art. 27 Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

Se o fiduciário quer valer-se da garantia para receber a quantia devida pelo fiduciante, tem de vender a coisa que lhe foi transferida fiduciariamente. Tal venda é, desse modo, uma condição para o exercício de uma faculdade compreendida no direito de crédito. Torna-se imperativa para obtenção da vantagem jurídica perseguida pelo credor, por que lhe proíbe a lei a definitiva incorporação do bem ao seu patrimônio em pagamento da dívida, só admitida por sentença judicial (GOMES, 1975, p. 115).

Embora o ensinamento verse sobre a consolidação da propriedade fiduciária de bens móveis, também poderá ser aplicada aos bens imóveis, de forma que se pode afirmar sempre que, se na contratação, alienação fiduciária em garantia, está proibido o pacto comissório, se no contrato constar tal cláusula, esta será considerada como não escrita.

Ao tratar no Capítulo 3 sobre a venda dos imóveis em leilão, voltar-se-á ao tema com a apresentação de algumas particularidades no que diz respeito aos imóveis. Outros aspectos inerentes à propriedade fiduciária serão tratados ainda neste capítulo.

2.4 O patrimônio de afetação

A regra geral é que cada pessoa possua apenas um patrimônio e que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em Lei”. (CPC, art. 591) Essa limitação visa justamente evitar que devedores possam utilizar de diferentes patrimônios para deixar de honrar as obrigações assumidas, prejudicando a terceiros.

Contudo, a legislação admite, em certas circunstâncias, a segregação patrimonial, desde que tais bens ou direitos estejam vinculados a uma determinada finalidade. Percebe-se que, ao mesmo tempo que a norma estabelece a possibilidade da separação patrimonial, ela vincula o destino a que será dado a ele. Assim, cumprida a finalidade para a qual foi instituída, o patrimônio afetado retornará ao patrimônio comum.

Na legislação pátria, que trata da alienação fiduciária em garantia, não há menção expressa quanto à criação de um patrimônio de afetação, no entanto, é possível aferir, na propriedade fiduciária criada para fins de garantia, que há segregação patrimonial, conforme leciona Chalhub:

A constituição da propriedade ou titularidade fiduciária implica necessariamente na formação de um patrimônio autônomo, separado dos patrimônios do fiduciante e do fiduciário, ficando o bem ou o direito afastado dos efeitos da insolvência de um ou do outro. O bem transmitido fiduciariamente constitui um patrimônio de afetação, na medida que sujeito a destinação específica, e, para que fique assegurado a consecução dessa destinação, o bem, embora ingresse no patrimônio do fiduciário,

nele permanece segregado, não se comunicando nem se confundindo com os demais bens e direitos dele integrantes (CHALHUB, 2009, p. 135).

O patrimônio de afetação deverá ser obrigatoriamente regulado em lei, do contrário, os bens e direitos pertencentes a uma determinada pessoa serão considerados como de seu patrimônio comum.

Se houver por parte daqueles que constituírem por meio de alienação fiduciária em garantia um patrimônio de afetação com objetivo de lesar a outrem, ficam sujeitos à anulabilidade do ato ou mesmo à declaração de sua ineficácia, se o negócio for realizado em fraude à execução ou contra credores.

A anulabilidade ou ineficácia poderá ser declarada, ainda que todos os requisitos formais tenham sido observados pelos contratantes, pois será observada a motivação do negócio. Essa declaração somente poderá ser efetivada em processo judicial, com um longo trâmite, em que, tais condições, deverão restar demonstradas.

A Lei nº 10.931/2004, citada anteriormente, em razão de trazer várias alterações sobre a alienação fiduciária em garantia de coisas móveis e imóveis, tanto nas leis especiais quanto no CC, deu nova redação à Lei de Incorporações (Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964), com a finalidade de permitir expressamente ao incorporador a criação de patrimônio de afetação¹⁵.

Ao tratar sobre o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária, Chalhub assim se posicionou:

O acervo patrimonial relativo ao negócio de incorporação do edifício, assim teria sua própria esfera patrimonial, dentro da qual estariam confinados os direitos e as obrigações das partes envolvidas, que se beneficiariam dos resultados do negócio, e, na contrapartida, responderiam pelas respectivas dívidas, ressalvada, obviamente, a responsabilidade do incorporador, decorrente das suas obrigações legais e contratuais relativas a construção e à entrega de coisa futura, por preço determinado ou determinável (CHALHUB, 2001, p. 131).

¹⁵ Art. 31-A A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

§ 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

Outro exemplo de patrimônio de afetação é o da Lei nº 8.663/93¹⁶, dos fundos de investimentos imobiliários, que estabelece regras rígidas de segregação patrimonial entre o patrimônio do fundo e o patrimônio da administradora.

É o tratamento distinto do patrimônio decorrente da propriedade fiduciária em garantia que excetua a aplicação da regra geral de que todos os bens do devedor respondem pelas suas dívidas, em execução individual e coletiva.

2.5 O desdobramento da posse

Pelo demonstrado anteriormente, a propriedade do bem alienado fiduciariamente em garantia ficará com o credor fiduciário, em caráter resolúvel e limitado aos termos da avença firmada, porém, em relação à posse, haverá o seu desdobramento em direta e indireta.

Apenas para demonstrar com mais clareza o que representa o desdobramento da posse, cita-se o exemplo da locação, em que o locatário, que não é proprietário do imóvel, passa a exercer a posse direta, podendo usar, gozar e fruir do mesmo, e, o locador, proprietário pleno do imóvel, a posse indireta.

Segundo o CC, art. 1.196, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Na alienação fiduciária em garantia tanto o credor quanto o devedor exercem estes poderes, sendo atribuído ao primeiro a posse indireta e, ao segundo, a posse direta da coisa.

É o que estabelece expressamente o art. 1.361, § 2º, do CC, o *caput* do art. 66 do Decreto-Lei nº 911/69 e do art. 23, da Lei nº 9.514/97.

Assim, admite-se na alienação fiduciária em garantia o conceito de graduação vertical da posse, assumida pelo direito civil brasileiro, já que não há anulação de uma posse em detrimento da outra¹⁷.

¹⁶ Art. 7º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições: I - não integrem o ativo da administradora; II - não respondam direta ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora; III - não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial; IV - não possam ser dados em garantia de débito de operação da instituição administradora; V - não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser; VI - não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.

¹⁷ Art. 1.197 A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

Também não há que se admitir o fiduciante como mero detentor, pois “considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas” (CC, art. 1.198). A posse do fiduciante é exercida em seu nome e poderá, inclusive, se defender das investidas do próprio credor fiduciário à coisa alienada fiduciariamente.

Como a posse direta permanece com o devedor fiduciante, é ele quem responderá pelos custos necessários à sua manutenção, como impostos, taxas; de igual forma, responderá por danos que o mau uso do bem causar a terceiros.

A posse indireta assegura ao credor fiduciário o direito de fiscalizar a forma com que o devedor fiduciante usa o bem objeto da garantia, já que o uso indevido ou o mau uso lhe diminuirá o valor, razão pela qual o seu crédito poderá ficar sem a garantia correspondente.

Em se tratando de coisa imóvel, terá o credor fiduciário, como decorrência da posse indireta por ele exercida, o direito a ser nela reintegrado, quando restar configurado o inadimplemento contratual do devedor fiduciante, conforme art. 30 da Lei nº 9.514/97¹⁸.

Orlando Gomes ensina que:

Tem o fiduciário, por conseguinte, posse e, na condição de possuidor, pode usar os remédios possessórios.
A posse direta do fiduciante se exerce enquanto pende a condição. Durante esse período, tem ele o exercício limitado de poderes inerentes à propriedade, mas sua posse não anula a do fiduciário (GOMES, 1975, p. 87).

Se o fiduciante cumprir integralmente o que foi ajustado, ele passará a deter não só a posse direta, mas, também, a propriedade plena do bem. Neste momento, o credor fiduciário deixará de exercer a posse indireta e perderá, também, a propriedade resolúvel, que se resolverá em decorrência do adimplemento contratual.

Como salienta Viegas Lima:

Caso haja o adimplemento da obrigação e o conseqüente retorno da propriedade fiduciária ao devedor fiduciante, o credor fiduciário, embora proprietário sob a forma limitada, nunca terá tido as faculdades de usar e perceber os frutos da mesma (LIMA, 2010, p. 88-89).

Por outro lado, se o devedor fiduciante deixar de cumprir a obrigação principal, o credor fiduciário terá o direito de exercer sobre o bem alienado fiduciariamente em garantia

¹⁸ Art. 30 É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome.

não só a posse direta, mas, também, a propriedade, que não será plena, em razão da obrigatoriedade da sua venda.

O desdobramento da posse, presente na alienação fiduciária em garantia, faz com que tal forma de garantia afaste-se das outras modalidades de garantia real previstas no CC, penhor e hipoteca, já que nestas, a posse e a propriedade permanecem com o devedor que grava o bem com um ônus em favor do credor, e, naquela, ocorre a transferência da propriedade e o desdobramento da posse indireta da garantia em nome do fiduciário.

Assim, na hipoteca e no penhor, a garantia do credor se dá em relação à coisa alheia de propriedade do devedor, e, na alienação fiduciária, a garantia se dá sobre a coisa que lhe pertence, ainda que em caráter resolúvel e limitado.

2.6 O direito eventual

O CC, arts. 130 e 1.365, parágrafo único, e também a Lei nº 9.514/97, art. 26, § 8º, utilizam a denominação de direito eventual no lugar daquela cunhada por Pontes de Miranda e, também, utilizada por Lima (2010, p. 167), direito expectativo, no sentido de evitar relacionar o mesmo com as expectativas de direito.

Segundo Venosa,

O direito eventual é direito incompleto, que pode ter vários aspectos. O direito eventual é direito futuro, pois depende de um acontecimento para completar-se, mas já apresenta características embrionárias, isto é, em alguns de seus elementos. Trata-se de relação jurídica ainda incompleta (VENOSA, 2003, I, p. 378).

E prossegue o doutrinador: “a expectativa de direito é mera possibilidade ou simples esperança de se adquirir um direito”.

Diante dessas definições, é possível identificar nos contratos que estabeleçam a alienação fiduciária em garantia, que o devedor fiduciante tem um direito, eventual ou expectativo, de receber em sua propriedade, de forma plena e ilimitada, o bem que servia de garantia, no momento em que cumprir a sua parte na avença.

O direito eventual do devedor nasce no momento em que firma o contrato, transferindo a propriedade fiduciária ao credor, sendo estabelecido o modo e a forma que lhe será transmitida a propriedade, uma vez configurado o adimplemento contratual. Não há necessidade, como ocorre na expectativa de direito, de qualquer manifestação do credor para

que a propriedade lhe seja transferida, basta o cumprimento da obrigação e, pronto, a propriedade retornará ao patrimônio do fiduciante sem qualquer ônus.

Assim, se ocorrer o adimplemento contratual, ou seja, verificada a condição, não terá o credor fiduciário qualquer outro direito sobre a coisa alienada e nem como se opor quanto ao retorno da propriedade plena ao patrimônio do devedor fiduciante, que, naquele momento, não será mais devedor, conforme previsto, por exemplo, no art. 25 da Lei nº 9.514/97.

Tratando do direito expectativo na alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, Terra leciona que:

Este direito expectativo do devedor (fiduciante) tem natureza de direito subjetivo, na categoria de direito real à aquisição, dispensada qualquer outra manifestação de vontade do atual proprietário, o credor (fiduciário); preenchidos os requisitos legais pelo devedor (fiduciante), nada impede que se torne pleno proprietário. [...]
É direito real de garantia, pois se vincula a uma coisa, o imóvel, opondo-se a terceiros e conferindo ao devedor (fiduciante) o direito de seqüela [*sic*], tudo com objetivo de assegurar o cumprimento de uma obrigação; é direito real de aquisição, na exata dimensão que objetiva a aquisição de um diverso direito real, este de propriedade (TERRA, 1998, p. 39).

Tais premissas são aplicáveis também, sem qualquer ressalva, à alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

Por tais razões, não detém o devedor fiduciante direito sobre a propriedade, que foi transferida em caráter resolúvel ao credor fiduciário, mas tem direito real expectativo de garantia e direito real expectativo de aquisição e, em relação aos mesmos, poderá dispor da melhor forma que lhe convier, inclusive com a dação em pagamento, em favor do próprio credor fiduciário, ou a transferência a terceiros. Além de dispor, como melhor entenda, do seu direito expectativo, “ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo” (CC, art. 130), podendo defender a posse direta contra quem a turbar, inclusive contra o credor fiduciário.

Se o devedor fiduciante optar por transferir o direito expectativo, o que deverá ser objeto de registro, de acordo com a natureza da garantia, de anuência pelo credor fiduciário e de recolhimento de imposto de transmissão *inter vivos*, se for imóvel, as obrigações resultantes da avença principal serão transmitidas ao cessionário, que passará a figurar como novo devedor fiduciante. Também poderá buscar o direito de receber a propriedade plena em seu patrimônio, junto a qualquer pessoa que o credor fiduciário tenha transferido o crédito e a propriedade resolúvel, o que ocorrerá, com maior frequência, nos contratos com alienação fiduciária em garantia de coisas imóveis, sendo que a cessão de crédito, que obrigatoriamente

acompanhará a garantia, poderá ser realizada sem a anuência do devedor fiduciante (Lei nº 9.514/97, art. 35).

Viegas de Lima menciona os ensinamentos de Pontes de Miranda, e sintetiza:

Para Pontes de Miranda, enquanto pendente da condição resolutiva, o devedor fiduciante é titular de um direito expectativo a adquirir, de imediato, a propriedade, uma vez verificada a condição. Sendo assim, desde o momento em que há o adimplemento da obrigação principal, o devedor fiduciante tem o direito a novamente ver a propriedade fiduciária transmitida a seu favor, sob a característica de propriedade plena. Isto decorre do próprio delineamento que a doutrina faz sobre o direito expectativo, encarando-o como um direito integrante do patrimônio do expectante, que uma vez cumprida a condição se consolida na sua plenitude. É direito que possui conteúdo patrimonial – embora pendente de maior ou menor probabilidade de sua realização –, sendo, portanto, transmissível entre vivos ou causa de morte, da mesma forma que dos direitos plenos em geral (LIMA, 2010, p. 168).

Embora não seja possível constituir uma alienação fiduciária em garantia em segundo grau, como acontece com a hipoteca, é possível ao devedor fiduciante contratar uma nova dívida, oferecendo como garantia a propriedade superveniente que terá no momento em que adimplir o contrato anterior (CC, art. 1361, §3º)¹⁹, ou seja, cumprida a condição suspensiva da transmissão da propriedade definitiva.

Aqui, ressalva-se que a nova garantia terá eficácia somente com o registro da nova propriedade fiduciária que, obrigatoriamente, deverá ser precedida da averbação de quitação da primeira dívida, conforme art. 1.420, § 1º, do CC²⁰.

Ao se ter um valor patrimonial, é possível realizar, em relação ao direito eventual, qualquer operação que se faça com os direitos plenos, de forma que é possível, inclusive, a constrição de tais direitos para pagamento de débitos do devedor fiduciante perante terceiro exequente, conforme será demonstrado a seguir.

2.7 O processo de execução e a alienação fiduciária em garantia

Todo processo de execução tem por finalidade precípua o recebimento de valor em favor do credor, de modo que este tomará todas as medidas necessárias para encontrar,

¹⁹ § 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.

²⁰ § 1º A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono.

primeiramente, valores para satisfazer o seu crédito e, não os encontrando, buscará bens do devedor passíveis de penhora e, uma vez constrictos, avaliá-los e convertê-los em espécie.

Nesta busca de bens passíveis de penhora, poderá o credor se deparar com alguma propriedade fiduciária transferida para fins de garantia, destacando-se que o executado pode ser tanto o credor fiduciário quanto o devedor fiduciante. A solução é distinta quando o executado for o fiduciário ou quando for o fiduciante, como se verá.

Independente de quem seja o credor, fiduciante ou fiduciário, deverá o credor exequente tomar as medidas necessárias, no sentido de dar publicidade a constrição realizada, por meio de anotação da mesma junto ao Registro de Imóvel, Registro de Títulos e Documentos; e, ainda, quando o objeto da garantia for veículo automotor, junto ao DETRAN.

2.7.1 A execução em face do devedor fiduciante

A propriedade do bem alienado fiduciariamente em garantia pertence, embora em caráter resolúvel, ao fiduciário, que o recebe em seu patrimônio de forma limitada. Sendo assim, a regra geral é que o bem objeto de alienação fiduciária em garantia não poderá ser objeto de constrição em decorrência de dívida do devedor fiduciante junto a terceiro estranho à relação fiduciária.

Esse é o entendimento sedimentado junto aos Tribunais pátrios, tanto que o extinto Tribunal Federal de Recurso – TFR – editou a Súmula 242, no sentido de que o “bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de penhora nas ações ajuizadas contra o devedor fiduciário”.

Dessa maneira, se um credor fiduciário tiver penhorada a sua propriedade fiduciária, poderá valer-se de embargos de terceiro para defendê-la, já que pessoa estranha à relação contratual fiduciária estará se arvorando sob um bem que não pertence ao devedor.

Se o devedor fiduciante não pode dispor da propriedade oferecida em garantia ao credor fiduciário, o mesmo não se diz do direito expectativo ou eventual que ele detém, visto que tal direito, como restou demonstrado no item 2.6, tem um valor patrimonial e pode ser objeto de transmissão. Assim, se o devedor fiduciante pode ceder, a título oneroso, a sua posição contratual na avença fiduciária, com a anuência do credor fiduciário, e dar em pagamento o seu direito eventual, a conclusão a que se chega é que também poderá ser objeto de penhora.

Com efeito,

Dois fatos conduzem à penhorabilidade do direito expectativo: o direito expectativo é transferível e já tem um valor patrimonial. Este direito pode ser interessante para o credor exequente [*sic*] quando o devedor fiduciante já pagou a maior parte da dívida. Falta apenas um relativamente pequeno e o direito expectativo tornar-se-á direito pleno (FABIAN, 2007, p. 284).

Veja-se julgado do STJ que, além de sedimentar a impossibilidade de penhora sobre a garantia, assegura a constrição do direito eventual:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIREITOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE. PENHORA. POSSIBILIDADE.

1. Não é viável a penhora sobre bens garantidos por alienação fiduciária, já que não pertencem ao devedor-executado, que é apenas possuidor, com responsabilidade de depositário, mas à instituição financeira que realizou a operação de financiamento. Entretanto é possível recair a constrição executiva sobre os direitos detidos pelo executado no respectivo contrato. Precedentes.

2. O devedor fiduciante possui expectativa do direito à futura reversão do bem alienado, em caso de pagamento da totalidade da dívida, ou à parte do valor já quitado, em caso de mora e excussão por parte do credor, que é passível de penhora, nos termos do art. 11, VIII, da Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), que permite a constrição de 'direitos e ações'. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 795.635/PB, de minha relatoria, DJU de 07.08.06). 3. Recurso especial provido. (REsp 910.207/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 09/10/2007, DJ 25/10/2007, p. 159).

Com o cumprimento do contrato pelo devedor fiduciante, o saldo devedor de sua dívida vai diminuindo de forma que, se em algum momento incorrer o seu inadimplemento contratual e o bem for vendido, maior será a possibilidade do devedor fiduciante receber o valor remanescente entre a venda e o saldo devedor. Esse saldo é um crédito do devedor fiduciante e, portanto, poderá ser penhorado por credor exequente.

Da mesma forma, se o devedor fiduciante promover o pagamento de todas as prestações a que se obrigou, terá o direito de receber a propriedade do bem alienado fiduciariamente em garantia em seu patrimônio. Assim, o que era direito expectativo passa a ser direito pleno.

Nesse contexto, Fabian (2007, p. 284-291) admite, inclusive, a possibilidade do credor exequente promover a liquidação do débito do devedor fiduciante e executado junto ao credor fiduciário, de forma a extinguir a propriedade fiduciária e, o bem, ao adentrar no patrimônio do fiduciante e devedor executado, possa ser penhorado como direito pleno. Não podem o credor e ou o devedor fiduciário se oporem a tal pagamento.

Realizada a penhora sobre os direitos do devedor fiduciante, aplicar-se-á, quanto à mesma, o disposto no art. 673 do CPC²¹, de forma que o credor exequente ficará sub-rogado nos direitos do devedor até a ocorrência do seu crédito ou poderá pedir a alienação judicial dos mesmos.

Mezzari (1998, p. 51) destaca a possibilidade do devedor fiduciante executado suscitar a impenhorabilidade do direito, com fundamento na Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990, que trata do bem de família em relação à pretensão do credor exequente, pois “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável” (art. 1º).

Dessa maneira, quando o bem objeto da garantia fiduciária se constituir em bem de família, se ao cumprir a sua parte na avença, o devedor fiduciante receberá o imóvel sem qualquer ônus e o mesmo não poderá ser constrito em razão da vedação legal, logo, o direito eventual incidente sobre o mesmo não será passível de penhora.

Como não é possível transferir mais direitos do que se tem, não se poderá, com mais razão ainda, penhorar mais direitos do que os tem o devedor fiduciante e executado.

De toda forma, a penhora dos direitos aquisitivos do devedor fiduciante em nada alterará a posição do credor fiduciário, que poderá exigir o cumprimento das obrigações e, se restar configurado o inadimplemento contratual, promover as medidas de retomada do bem objeto da garantia, já que a alienação fiduciária, uma vez registrada, tem efeitos *erga omnes*.

2.7.2 A execução em face do credor fiduciário

Como a maior parte dos negócios fiduciários de garantia tem como credor fiduciário instituições financeiras, incorporadoras, construtoras e administradoras de consórcios, ou seja, sujeitos que geralmente são detentores de um grande volume de bens e direitos, não é usual que eles figurem como executados em ações executivas. Entretanto, nada impede que isso ocorra.

²¹ Art. 673 Feita a penhora em direito e ação do devedor, e não tendo este oferecido embargos, ou sendo estes rejeitados, o credor fica sub-rogado nos direitos do devedor até a concorrência do seu crédito.

§ 1º O credor pode preferir, em vez da sub-rogação, a alienação judicial do direito penhorado, caso em que declarará a sua vontade no prazo de 10 (dez) dias contados da realização da penhora.

§ 2º A sub-rogação não impede ao sub-rogado, se não receber o crédito do devedor, de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do devedor.

Além disso, como é facultado a qualquer pessoa transferir em alienação fiduciária em garantia um bem móvel fungível ou uma coisa imóvel, é necessário que se analise a possibilidade de penhora sobre os direitos do credor fiduciário.

O credor fiduciário terá em relação ao devedor fiduciante dois direitos patrimoniais, que são o seu crédito e a garantia que o acompanha. A propriedade fiduciária resolúvel do credor fiduciário tem um valor e não poderá ser alienada de forma isolada, devendo acompanhar, como garantia acessória que é, a obrigação principal, que é o direito a percepção do crédito pelo credor fiduciário.

A penhora do direito de crédito do credor fiduciário seguirá, como na penhora do direito eventual do devedor fiduciante, o que dispõe o art. 673 e seguintes do CPC.

Chalhub sintetiza a situação, ensinando que

Quanto ao credor-fiduciário, o objeto da penhora há de ser seu direito de crédito, acompanhado do objeto da garantia fiduciária. Assim, em processo de execução judicial movido contra credor-fiduciário, serão objetos de hasta pública o crédito e sua garantia; no leilão, ao adquirir o crédito, o arrematante ficará sub-rogado nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de alienação fiduciária, tornando-se titular do crédito e proprietário fiduciário do bem objeto da garantia, em substituição ao credor-fiduciário; por força da sub-rogação, o arrematante se apropriará do crédito e, complementando-se o recebimento do crédito que foi penhorado, será obrigado a dar quitação ao devedor-fiduciante e fornecer-lhe o 'termo de quitação' (CHALHUB, 2009, p. 147).

Se a penhora recair sobre o crédito do credor fiduciário executado, o devedor fiduciante deverá ser intimado, para que promova o pagamento das prestações, de acordo com o que foi determinado pelo magistrado condutor do feito executivo, que pode ser pagamento direto ao exequente ou, então, depósito judicial da importância em conta bancária vinculada àquele juízo.

Portanto, a penhora sobre o crédito não exime o devedor fiduciante de cumprir o que contratou, pelo contrário, é justamente com o produto do adimplemento contratual que o credor exequente terá satisfeito o seu crédito. O credor exequente, que se sub-roga no crédito do credor fiduciário executado, poderá exigir o cumprimento da avença, tomando todas as medidas.

Se por um lado a penhora dos créditos e da garantia que o acompanha não exonera o devedor fiduciante, e não há motivos para tanto, por outro, lhe assegura os mesmos direitos que detinha anteriormente.

2.8 A alienação fiduciária em garantia na falência, na insolvência, na recuperação judicial ou extrajudicial

Em geral, grandes problemas surgem aos credores quando o seu devedor é declarado falido, insolvente ou submete-se à recuperação judicial ou extrajudicial, em razão do concurso de credores sob todo o patrimônio do devedor. Também ao devedor, em menor grau, podem advir problemas quando o seu credor incorra em uma das situações citadas.

Quando as obrigações contratuais estabelecerem a alienação fiduciária em garantia, não se poderá aplicar a regra geral da Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 e da insolvência, chamada de civil, estabelecida nos arts. 748 a 786-A, do CPC.

Essa distinção ocorre em virtude da característica da forma de transferência da propriedade: o credor detém a propriedade fiduciária resolúvel para efeitos de garantia, limitada aos termos que contratou com o devedor, a quem é assegurado o retorno da propriedade de forma plena, uma vez cumprida a obrigação. Dessa forma, a propriedade fiduciária não estará sujeita ao rateio.

Essa segregação patrimonial decorre da criação do patrimônio de afetação, conforme exposto no item 2.4.

Se for decretada a falência do fiduciante, é possível encontrar na doutrina posicionamentos conflitantes no que diz respeito aos efeitos da falência em relação à continuidade do contrato. Segundo entendem Restiffe Neto e Restiffe e Milton Paulo de Carvalho, o contrato que estabeleceu a alienação fiduciária em garantia poderá ter seu prosseguimento normal, desde que esta seja a opção do administrador judicial, pois a pessoa, mesmo em estado de insolvência comprovada, poderá ter condições de honrar as obrigações assumidas junto ao fiduciário, para receber em seu patrimônio, após cumprido integralmente o contrato, o bem que servia de garantia.

De outro lado, Orlando Gomes e José Carlos Moreira Alves, dois expoentes sobre o tema alienação fiduciária, entendem que há o vencimento antecipado da obrigação, que é um mútuo garantido por alienação fiduciária em garantia. É com este entendimento que se alinha Fabian:

Portanto, concluímos que a coisa fiduciada entra na massa falida do credor fiduciário, e não na do devedor fiduciante. Falido o devedor fiduciante, vence-se a dívida e o credor fiduciário pode pedir a restituição da coisa conforme o art. 85, *caput*, da LFn.

Na solução encontrada, a posição do fiduciário é dominante em relação ao administrador judicial: por um lado, o administrador judicial não pode optar por

continuar o pagamento da dívida e, por outro lado, o fiduciário pode pedir a restituição da coisa. Ademais, o credor fiduciário também é credor quirografário devido ao crédito oriundo do contrato de mútuo. A posição do credor fiduciário é extraordinariamente segura (FABIAN, 2007, p. 247).

Em se tratando de bens móveis, deverá ser aplicada a regra do art. 7º do Decreto-Lei nº 911/69²², que assegura ao fiduciário o direito de pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente ao devedor fiduciante falido, consoante Lei nº 11.101/2005, arts. 85 a 93.

Não é diferente a conclusão para a alienação fiduciária de coisa imóvel, com a aplicação do art. 32 da Lei nº 9.514/97²³. Quanto ao texto da referida norma, é necessário destacar que ao tratar de insolvência, não se restringe à insolvência prescrita nos arts. 748 a 786-A do CPC (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, 2009, p. 130).

Após a restituição, o fiduciário deverá observar as regras gerais que determinam a venda do bem que era objeto da garantia fiduciária e aplicar o resultado da venda no pagamento do saldo devedor do contrato.

Se o valor da venda for superior ao do saldo devedor, o fiduciário deverá promover a entrega do remanescente à massa falida.

Tratamento distinto, em razão da natureza da garantia, móvel ou imóvel, ocorrerá quando o valor obtido com a venda for inferior ao da dívida do devedor, fiduciante falido. Se a garantia era um bem móvel, poderá o credor fiduciário habilitar o seu crédito na qualidade de quirografário junto à massa. Porém, em sendo a garantida por bem imóvel, aplicar-se-á o disposto no § 5º, do art. 27 da Lei nº 9.514/97²⁴, com extinção da dívida.

A insolvência do devedor fiduciante regulada pelo CPC seguirá as mesmas regras estabelecidas para a falência, no que diz respeito ao vencimento antecipado e à distinção dos créditos garantidos com alienação fiduciária no quadro geral de credores.

Os créditos decorrentes de operações que tenham a alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis, não estarão sujeitos aos procedimentos de recuperação judicial ou extrajudicial do devedor fiduciante, de maneira que não implicará no vencimento antecipado

²² Art. 7º Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição o proprietário fiduciário agirá na forma prevista neste Decreto-lei.

²³ Art. 32 Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente.

²⁴ § 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

das obrigações do fiduciante²⁵, mas fica ele obrigado a promover o pagamento das prestações contratadas.

A parte final do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, assegura que durante o período máximo de suspensão de pagamentos de 180 (cento e oitenta) dias (art. 6º, § 4º, Lei nº 11.101/2005), não poderá ocorrer a venda ou retirada de bens necessários às atividades empresariais.

Inobstante essa vedação referir-se apenas a “bens de capital”, assim entendidos os que geram riqueza em contrapartida aos de consumo, o STJ entendeu ser possível a manutenção da posse de um imóvel pelo devedor fiduciante, pois nele instalado o parque fabril, a desocupação do imóvel causaria a paralisação da empresa.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMISSÃO DE POSSE NO JUÍZO CÍVEL. ARRESTO DE IMÓVEL NO JUÍZO TRABALHISTA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CURSO. CREDOR TITULAR DA POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO. BEM NA POSSE DO DEVEDOR. PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. 1. Em regra, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel (Lei federal nº 9.514/97) não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. 2. Na hipótese, porém, há peculiaridade que recomenda excepcionar a regra. É que o imóvel alienado fiduciariamente, objeto da ação de imissão de posse movida pelo credor ou proprietário fiduciário, é aquele em que situada a própria planta industrial da sociedade empresária sob recuperação judicial, mostrando-se indispensável à preservação da atividade econômica da devedora, sob pena de inviabilização da empresa e dos empregos ali gerados. 3. Em casos que se podem ter como assemelhados, em ação de busca e apreensão de bem móvel referente à alienação fiduciária, a jurisprudência desta Corte admite flexibilização à regra, permitindo que permaneça com o devedor fiduciante ‘bem necessário à atividade produtiva do réu’ (v. REsp 250.190-SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA, DJ 02/12/2002). 4. Esse tratamento especial, que leva em conta o fato de o bem estar sendo empregado em benefício da coletividade, cumprindo sua função social (CF, arts. 5º, XXIV, e 170, III), não significa, porém, que o imóvel não possa ser entregue oportunamente ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei nº 11.101/2005), caberá ao Juízo da Recuperação Judicial processar e julgar a ação de imissão de posse, segundo prudente avaliação própria dessa instância ordinária. 5. *omissis*. 6. *omissis* (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência nº 110.392. Relator: Ministro Raul Araújo. São Paulo: Diário da Justiça eletrônico em 22 de março de 2011).

²⁵ § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Quando se tratar de falência, insolvência, recuperação judicial ou extrajudicial do fiduciário, a solução é menos complexa, pois ao devedor fiduciante é assegurado o direito de permanecer na posse direta do bem, desde que continue a promover o pagamento das prestações que são devidas. Como ensina Alves:

De feito, com a falência, não se extingue a relação jurídica decorrente da alienação fiduciária, assumindo a massa falida apenas (e sem qualquer alteração da natureza da relação jurídica que ela incorporou) a posição do falido, o que quer dizer que continua a ser, em lugar dele, titular de uma propriedade resolúvel que garante a satisfação do crédito em benefício do concurso de credores. Dessa forma, se o devedor pagar, recuperará ele, *ipso iure*, a propriedade plena da coisa que alienara fiduciariamente (ALVES, 1979, p. 144).

Ao final, liquidada a dívida, a propriedade resolúvel será extinta e o devedor fiduciante receberá a propriedade plena em seu nome, devendo o termo de quitação ser expedido pelo administrador da massa falida, da empresa em recuperação ou da pessoa física.

Se o devedor fiduciante deixar de cumprir as obrigações contratadas, o administrador poderá tomar todas as providências necessárias para sua constituição em mora, busca e apreensão, sendo bem móvel, ou a consolidação da propriedade, sendo imóvel, uma vez configurado o inadimplemento contratual.

3. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

3.1 Considerações gerais

A Lei nº 9.514/97²⁶, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a normatização da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, trazendo em seu bojo tanto matérias de ordem material como de ordem processual.

Além de tratar sobre essa nova modalidade de garantia, que será objeto da pesquisa neste capítulo, a lei implementou também o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), com objetivos intrinsecamente ligados à sua denominação, conforme delimitado pelo art. 1º²⁷ da referida norma.

O SFI não veio substituir o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), pelo contrário, veio complementá-lo, visto que, o primeiro, além de permitir a atuação de novos atores, como as companhias securitizadoras de crédito, busca atender a todos que precisam de crédito para atuar no mercado imobiliário, desde o adquirente do imóvel, com maior poder aquisitivo, passando pelas incorporadoras e instituições financeiras, dentre outras. Além disso, o SFI estabelece as regras gerais que os envolvidos nas operações financeiras deverão observar, deixando aos contratantes estabelecer os pontos principais das avenças.

²⁶ O texto integral da Exposição de Motivos da Lei nº 9.514/97 encontra-se em anexo deste trabalho.

²⁷ Art. 1º O Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI – tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos.

De outro lado, o SFH “é um seguimento [*sic*] especializado do Sistema Financeiro Nacional criado pela Lei 4.380 de 21 de agosto de 1964”²⁸, em que todo o seu funcionamento, regulado pelo Banco Central do Brasil, é direcionado, geralmente, aos mutuários com baixo poder aquisitivo e com taxas de juros menores do que os praticados em outras operações financeiras, sendo que a fonte de recurso é proveniente de parte dos depósitos destinados à caderneta de poupança e dos depósitos realizados nas contas vinculadas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Em suma, enquanto o SFH funciona em um ambiente estritamente regulado e direcionado apenas para a construção de habitações para moradia, o SFI é destinado a todos aqueles que estariam fora do primeiro sistema, seja em função da renda, do valor do imóvel ou do tipo de imóvel.

O SFH passou, desde a sua criação em 1964, por auges e crises, sendo certo que, não mais atendia o interesse dos mutuários, das instituições financeiras e também das indústrias da construção civil, o que levou a Fundação Getúlio Vargas a concluir que:

[...] Uma parte substantiva da crise do SFH pode ser atribuída a uma excessiva intervenção estatal. As sucessivas alterações de correção dos termos contratuais e a ação do Judiciário no sentido de proteger os mutuários, em vez de favorecer os devedores, acabaram por introduzir limitações no funcionamento do mercado e elevar a percepção de risco das instituições financeiras, configurando claramente o que se costuma conhecer como restrição de crédito (FGV PROJETOS, 2007, p. 8).

No SFI não há vinculação no direcionamento de recursos, como no SFH, de forma que, uma instituição financeira poderá aplicar no mercado imobiliário qualquer montante que tenha a sua disposição, independentemente da origem. De igual forma, não há fixação, pelo BACEN, de taxa de juros máxima para os contratos celebrados neste sistema.

O SFI trouxe maior segurança jurídica aos contratos, em razão da possibilidade de instituição da alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis, objeto central deste estudo, e, também, em razão da criação de um mercado secundário de crédito, que se origina no direito de crédito repassado pelo titular, a um determinado custo, para um fundo de investimento ou companhia securitizadora, que vai administrar o contrato até a sua liquidação final.

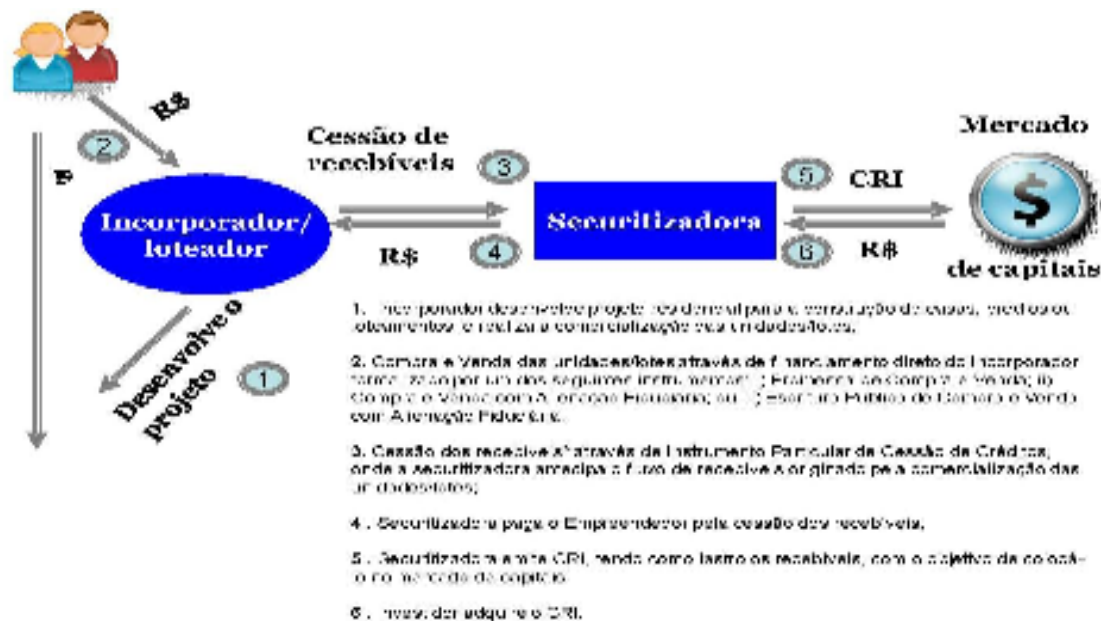
O mercado primário de crédito se apresenta quando o então pretense adquirente de

²⁸ BRASIL, Banco Central do. Legislação Básica do Sistema de Consórcio. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SFHHIST>>. Acesso em: 06/04/2011.

imóvel busca uma construtora, incorporadora ou mesmo um terceiro, sem dispor dos recursos necessários para aquisição. Os proprietários do imóvel poderão vendê-lo de forma parcelada ao adquirente, ou solicitar que o mesmo busque uma instituição financeira, para que esta celebre um contrato de mútuo com o adquirente, para que assim, os proprietários recebam o valor do imóvel à vista e o adquirente assumira a obrigação de pagamento parcelado junto à instituição financeira.

Ao passo que, no mercado secundário de crédito, uma construtora, incorporadora ou mesmo a instituição financeira que concedeu o crédito para aquisição, transfere seus direitos creditórios a uma securitizadora que, após as devidas providências como a emissão do Certificado de Recebível Imobiliário (CRI), poderá revender esses créditos a um fundo que administrará o contrato com o adquirente, enquanto aquelas se dedicarão à atividade principal.

Segundo a Cibrasec, uma das securitizadoras autorizadas a atuar no mercado de crédito imobiliário secundário, as operações descritas se dariam da seguinte maneira:



QUADRO 1. Fluxograma Cibrasec – Mercado secundário de crédito.

Fonte: COMPANHIA BRASILEIRA DE SECURITIZAÇÃO – CIBRASEC. Disponível em: <<http://www.cibrasec.com.br/arquivos/fluxogramaPulverizadas.pdf>>. Acessado em 16/08/2011>.

Para que não pairassem dúvidas entre os dois sistemas, SFI e SFH, o art. 39, inciso I, da Lei nº 9.514/97, estabeleceu que “às operações de financiamento imobiliário em geral, não se aplicam as disposições da Lei nº 4.380/64, e as demais disposições legais referentes ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH”.

Porém, desde a primeira redação dada ao *caput* do art. 22 da Lei nº 9.514/97, está autorizada a utilização da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, e não só por

agentes que façam parte do SFI, razão pela qual o instituto está sendo utilizado também nas operações do SFH e suas relações contratuais entre particulares. Desse modo, o tema proposto extrapola os limites da própria lei que normatizou a alienação fiduciária sobre imóveis.

Todo o Capítulo I da Lei nº 9.514/97 é dedicado à criação e formatação do SFI, estipulando quem poderá atuar nele e quem fiscalizará a atuação (art. 2º e 8º), as condições mínimas para os financiamentos realizados (art. 5º), a criação de um novo título de crédito, Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI (art. 6º e 7º), o regime fiduciário sobre os referidos títulos (art. 9º a 17) e as garantias que poderão ser utilizadas nos financiamentos imobiliários, hipoteca, cessão fiduciária de direitos creditórios, caução de direitos creditórios ou aquisitivos e alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

É justamente ao tratar dessas garantias, que se faz a primeira menção legal à possibilidade de instituição de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis (art. 17, inc. IV).

Nota-se que é no art. 22 que se encontra o conceito sobre a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, regulada pela lei em comento que “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”.

Contudo, embora o regramento da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis tenha sido implementado por meio da Lei nº 9.517/97, autores como José Carlos Moreira Alves (1979, p. 113-115), tanto em doutrina quanto em seus julgados como Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF –, além de outros Tribunais, admitiam a possibilidade de se transferir um imóvel com escopo de garantia, conforme se infere da ementa do Recurso Extraordinário 82.447-SP:

EMENTA – Negócio fiduciário. Em face da diversidade de estrutura jurídica e de características econômicas entre o negócio fiduciário e os direitos reais de garantia. Não se lhe aplica a proibição do artigo 765 do Código Civil. Com isso, não fica o devedor, no sistema jurídico brasileiro, inerte diante do credor, se a diferença entre o valor do direito transferido em garantia e o valor do empréstimo garantido for representado por juros usurários, caso em que a nulidade será decretada em virtude de fraude à Lei de Usura. No caso ficou demonstrada a inexistência de juros usurários. Recurso extraordinário conhecido e provido²⁹.

Como visto no Capítulo I, o negócio fiduciário teve como característica, desde os

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 82.447. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. RTJ: São Paulo, 17 de setembro de 1976, v. 82, n. 03, p. 869.

seus primórdios, vencer a falta de legislação a respeito de garantias, por meio de construções contratuais que trouxessem maior segurança aos envolvidos, razão pela qual “... para fugir do rigorismo do sistema, manifestavam as partes sua vontade através de acordos puramente consensuais, ...” (LIMA, 1962, p. 11). [*sic*].

Pois bem, se a transferência de um imóvel como forma de garantia fiduciária não era vedada por lei, não bastaria às partes ajustarem todos os seus termos, estabelecendo todas as possibilidades de resolução do contrato? Por qual motivo uma norma veio a introduzir essa forma de fidúcia legal?

Como não havia normas processuais específicas sobre, por exemplo, a constituição do devedor ou do credor em mora, quanto à retomada do imóvel transferido em garantia, no caso de inadimplemento da obrigação pelo devedor, venda do bem, subsistência de saldo devedor, mesmo após a retomada do imóvel pelo credor fiduciário, deveriam ser utilizadas as regras gerais procedimentais e materiais, o que, obviamente, acabava por causar inúmeros transtornos e desestimular a utilização do negócio fiduciário em garantia com bens imóveis.

Assim, se um credor tinha como garantia de crédito um imóvel, seja com hipoteca, seja em forma de negócio fiduciário, os procedimentos processuais de cobrança, retomada e desocupação do imóvel eram os mesmos, sendo certo que alguns benefícios no que diz respeito à segregação patrimonial e, respectivamente, a preservação da garantia, eram assegurados aos contratantes que optavam pela modalidade de garantia fiduciária.

Quanto à hipoteca, embora alguns autores como Frederico Henrique Viegas Lima (2009, p. 39-43), que discorria nas referidas páginas “Da inaplicabilidade do direito real de hipoteca para as contratações, segundo os novos modelos econômicos”, ou ainda Marcelo Terra (1998, p. 21-22), em “Alienação fiduciária de imóvel em garantia”, que cita sobre o “Descrédito da hipoteca”, insistam em falar que a mesma está passando por uma crise, convém salientar que a própria Lei nº 9.514/97 reitera expressamente a possibilidade de que ela seja utilizada como forma de garantia dos financiamentos imobiliários, e, na mesma toada, o CC não faz qualquer restrição à utilização da mesma, pelo contrário, a mantém como direito real intocável (art. 1.225, inc. IX).

A “crise da hipoteca” é na verdade uma “crise do processo”, pois a existência de um grande número de ações em trâmite no Judiciário, aliado à falta de pessoal, não permite imprimir a velocidade desejada na solução dos litígios, o que faz com que devedores recorram às demandas judiciais para deixar de cumprir com o pactuado durante o período em que a ação estiver em curso, lançando mão dos inúmeros recursos cabíveis em nosso sistema processual. Não restam dúvidas que os credores, por alguns abusos e equívocos cometidos na

cobrança, também contribuem para o aumento de demanda e, conseqüentemente, com a morosidade da justiça.

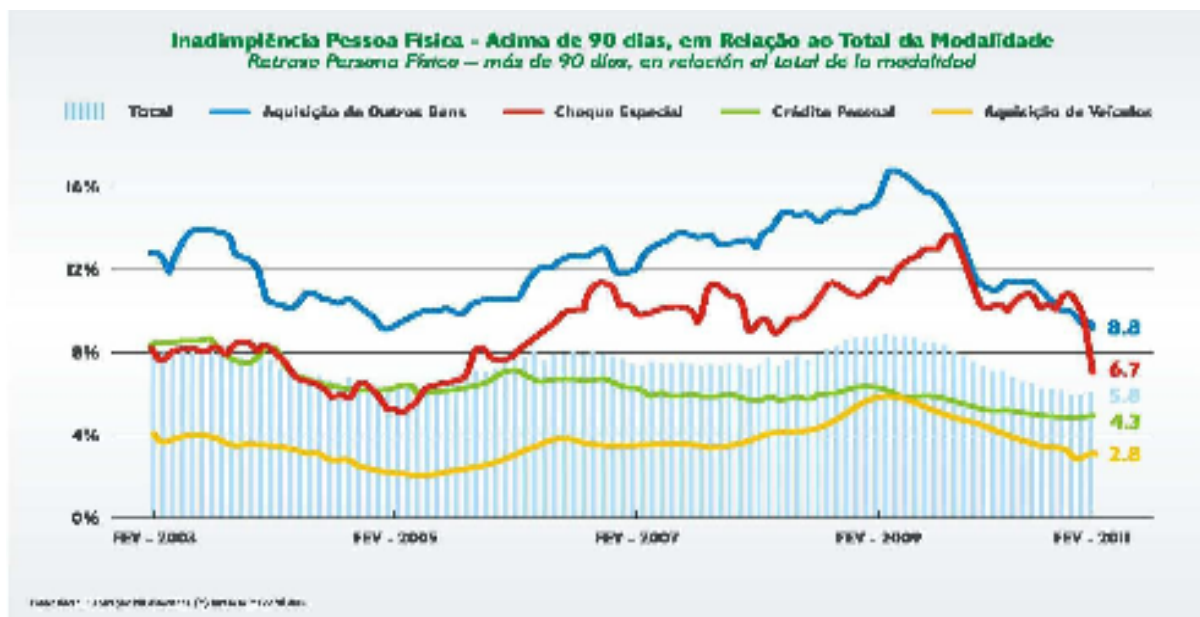
Fabian, indicando posicionamentos de Challub, Wald e Loureiro, se coloca de forma idêntica ao dizer que:

Nos tempos atuais, a hipoteca sofre uma lentidão inaceitável durante o processo de sua execução. Não obstante este problema, a normatização da alienação fiduciária de coisa imóvel não deve ser entendida como solução dessa lentidão. Teria sido mais plausível o legislador flexibilizar a hipoteca ou o seu processo de execução (FABIAN, 2007, p. 86-87).

Mário Pazutti Mezzari (1998, p. 8) salienta que a hipoteca não está em crise, mas sim, há uma nova gama de necessidades do mercado e que a hipoteca não foi feita para atender esses novos interesses do capital.

Aliado às dificuldades, sejam do instituto, sejam processuais, enquanto a utilização do negócio fiduciário para bens imóveis era acanhada, os agentes financeiros utilizavam a alienação fiduciária com garantia de bens móveis em larga escala, desde o advento da Lei nº 4.278/65 e, principalmente, depois da alteração trazida pelo Decreto-Lei nº 911/69, já que os procedimentos extrajudiciais e judiciais para constituição em mora, retomada e venda dos bens eram muito céleres.

De maneira geral, o negócio fiduciário em garantia mostra sua eficácia devido à segurança jurídica que traz às partes e também pela maior celeridade nos procedimentos em caso de inadimplemento. Este fato, por exemplo, nos casos de bens móveis, faz com que as taxas de inadimplência sejam as menores entre os tipos de crédito, como demonstrado na figura a seguir, em que foram relacionados (aquisição de outros bens; cheque especial; crédito pessoal; aquisição de veículos), de acordo com o anuário de 2010 da Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores.



QUADRO 2 – Inadimplência Pessoa Física – Acima de 90 dias em relação ao Total da modalidade.

Fonte: Bacen. Elaboração: MB Associados. Anuário 2010 FENABRAVE. Disponível em: http://www.fenabreve.com.br/principal/home/?sistema=conteudos|conteudo&id_conteudo=2835#conteudo

Além de contribuir para a baixa inadimplência, a utilização da alienação fiduciária em garantia de bens móveis estimulou, e continua estimulando, a indústria automobilística, aliado à situação financeira do país, aos baixos índices de inflação, aos juros, à massa salarial, ao crescimento do PIB, dentre outros.

Dessa forma, aproveitando a experiência de quase 30 (trinta) anos na utilização da alienação fiduciária com bens móveis, aliado à necessidade de aumentar o fluxo de capital e trazer maior segurança aos envolvidos, a Lei nº 9.514/97, foi publicada, trazendo em seu Capítulo II a introdução no sistema legal brasileiro da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

Segundo consta da Exposição de Motivos da referida norma, a implementação da alienação fiduciária em garantia sobre coisa imóvel “trata-se de verdadeira pedra angular do novo modelo de financiamento habitacional ora proposto”.³⁰

Apenas para delimitar claramente o objeto desta pesquisa, não será abordado neste capítulo o regime fiduciário, estabelecido sobre os Certificados de Recebíveis Imobiliários, conforme disposição do art. 9º da lei supracitada, nem as outras menções sobre negócio fiduciário e agente fiduciário, presentes no Capítulo I da referida norma, restringindo-se ao contido no Capítulo II, da Lei nº 9.514/97.

³⁰ Exposição de motivos, item 23.

3.2 Dos requisitos do contrato

A alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel estará sempre vinculada a um contrato principal. Geralmente a instituição de tal garantia constará como um pacto adjeto e firmado no mesmo instrumento contratual que estabelecer as condições da obrigação principal.

Segundo o estabelecido no art. 38 da Lei nº 9.514/97, que sofreu alterações por meio da Medida Provisória nº 2.223/2001, pelas Leis nº 10.931 e nº 11.706, ambas de 2004, mesmo o contrato estabelecendo a transmissão de imóveis não será aplicada a regra geral prevista no art. 108 do CC. Assim, não será necessária a formalização de escritura em Cartório de Títulos e Documentos para “constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis...”, pois o próprio contrato servirá como instrumento hábil ao registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Tatiana Passos (2008, p. 90) lembra que, embora seja dispensada pela norma citada a apresentação de escritura pública para a constituição de alienação fiduciária em garantia, é necessário, além da descrição do imóvel e descrição completa dos contratantes, apresentar ao Registro de Imóveis uma via original do contrato com as assinaturas dos contratantes reconhecidas como verdadeiras e das testemunhas por semelhança.

O intuito de tal regra é reduzir custos, uma vez que a escritura está sujeita ao pagamento de encargos cartorários e taxa judiciária, e agilizar a celebração dos contratos. Todavia, se o contrato não preencher os requisitos necessários exigido pela Lei de Registros Públicos, o Oficial do Registro de Imóveis poderá exigir que as irregularidades sejam sanadas antes de promover o registro.

O contrato é típico e nominado, tendo requisitos obrigatórios que deverão nele constar, sob pena de não produzir os efeitos que a alienação fiduciária prescreve.

Além dos requisitos gerais previstos pelo art. 104 do CC, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei, o contrato que instituir a propriedade fiduciária sobre coisa imóvel deverá, nos termos do disposto no art. 24 da Lei nº 9.514/97, conter os seguintes elementos:

- I - o valor do principal da dívida;
- II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
- III - a taxa de juros e os encargos incidentes;
- IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
- V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por

sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

O valor principal da dívida é o montante que o devedor fiduciante tomou de empréstimo ou se obrigou ao pagamento. Não estão ainda inclusos nesta rubrica qualquer valor relativo a juros, correção monetária, despesas cartorárias, com seguro ou financeiras, decorrentes do contrato, razão pela qual Lima (2010, p. 154-155) critica a redação, pois, para ele, “é no mínimo casuística”, já que o correto seria informar o valor total do débito do fiduciante.

Não se deve confundir esta indicação de “valor principal da dívida” do inciso I do art. 24, com o “valor da dívida” mencionada no § 2º do art. 27, todos da Lei nº 9.514/97. Quanto a esta última, o inciso I do § 3º do mesmo artigo estabelece que seja “o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais”.

O prazo total para reposição do empréstimo ou crédito fiduciário deverá ser informado no contrato, juntamente com as condições para sua reposição; com tais informações – que deverão ser discutidas previamente à assinatura do pacto –, o devedor fiduciante poderá se organizar com finalidade de honrar as suas obrigações, da mesma forma que o credor fiduciário terá a seu dispor uma programação de recebimentos.

O usual é que a reposição dos empréstimos ocorra em periodicidade mensal, porém, é possível estabelecer prazos maiores ou menores, não há vedação para isso.

Quanto aos limites da taxa de juros pactuada, este deverá ser analisado, tendo em consideração que os contratos com instituição de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel podem ser firmados por qualquer pessoa, como se verá adiante, seja ela física ou jurídica, integrante ou não do SFI.

Se a contratação ocorrer entre uma instituição financeira autorizada a atuar no âmbito do SFI, não haverá, a princípio, limites legais quanto à taxa de juros, já que o entendimento dominante é que tais instituições não estariam submetidas aos limites de juros estabelecidos na Lei de Usura, Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933, conforme Súmula nº 596 do STF.

De outra banda, se a contratação ocorrer entre pessoas físicas ou jurídicas não integrantes do SFI, a taxa de juros estará limitada ao estabelecido no art. 591, que faz menção expressa ao art. 406, ambos do CC. Neste caso, deverá ser aplicada “a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

Neste ponto, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes: alguns entendem que a taxa de juros deverá ser a mesma aplicada à taxa SELIC – Sistema Especial de Liquidação e Custódia –, estabelecida pelo Comitê de Política Monetária, e outros entendem que a taxa de juros seria a estabelecida no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN)³¹, que é de 1% (um por cento) ao mês.

Por outro lado, se a alienação fiduciária em garantia for contratada no âmbito do SFH, a taxa máxima de juros deverá ser a estipulada pelo Banco Central do Brasil. Conforme Comunicado, nº 021314/2011³², do BACEN, “o limite máximo de taxa de juros para os contratos firmados a taxas prefixadas no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, para vigência no mês de agosto, é de 13,8436% a.a. (treze inteiros e oito mil quatrocentos e trinta e seis décimos de milésimo)”.

Com relação aos encargos incidentes na operação, pode-se citar, como exemplo, o valor referente à incidência, Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), nos termos do art. 63, inciso I do CTN³³, o valor do seguro, a despesa de análise de crédito, o custo de avaliação do imóvel e a taxa do custo de emissão de boleto bancário para liquidação das prestações.

Atendidas as exigências dos três primeiros incisos do art. 24, é possível, a qualquer interessado e em qualquer tempo, apurar, matematicamente, qual o valor total a ser desembolsado pelo fiduciante, quais as condições em que deverá fazê-lo e se o montante da prestação devida está sendo calculado corretamente.

O inciso IV do art. 24 traz a obrigatoriedade de outros requisitos, sendo que a “cláusula de constituição de propriedade fiduciária” deverá estar estabelecida expressamente no contrato, ou seja, não basta constar que é um contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, é preciso que se estabeleça uma cláusula dizendo que a propriedade fiduciária está sendo instituída com aquela avença.

Quanto à descrição do imóvel, é necessário analisar aquela determinação em harmonia com o que determina os arts. 225 e 176, §1º, II, 3, os dois dispositivos da Lei nº

³¹ § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

³² BRASIL, Banco Central do. Busca de normativos. Comunicado n. 021314. Departamento econômico. Túlio José Lenti Maciel - Chefe. Em 29 de julho de 2011. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=111052659>>. Acessado em: 08/08/2011.

³³ Art. 63: O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador: I - quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado.

6.015/73³⁴, Lei de Registros Públicos, com o estabelecido na Lei nº 7.433 de 18 de dezembro de 1985³⁵. Enquanto as duas primeiras estabelecem como se fará a descrição do imóvel nas escrituras e atos judiciais e os requisitos da sua matrícula, a última norma dispensa a descrição do imóvel, desde que sua matrícula conste junto ao Cartório de Registro de Imóveis, quando se tratar de imóvel urbano.

Contudo, sempre que se utilizar da faculdade prevista no art. 38 da Lei nº 9.514/97, que autoriza a celebração de atos e contratos particulares “com efeito de escritura pública”, deverá ser descrito o imóvel com todas as suas características, confrontações, localização, dentre outros.

De toda sorte, e com a finalidade de evitar possíveis discussões, recomenda-se que sempre seja lançado o maior número de informações a respeito do imóvel no instrumento do contrato que instituir a propriedade fiduciária, para que não parem dúvidas quanto à individualização e identificação do bem.

A redação da parte final do inciso em análise merece críticas, uma vez que o sistema registral brasileiro não utiliza mais a divisão entre o título e modo para constituição do direito de propriedade, tanto que o próprio art. 23 estabelece que a propriedade fiduciária se constitui “mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título”.

Além disso, segundo Marcelo Terra (1998, p. 25), a norma em questão deve ser cotejada com o disposto no art. 2º da Lei nº 7.433/85, por meio da qual fica “dispensada, portanto, a referência ao contrato ou escritura ou título de origem judicial (título), que originou o registro imobiliário (modo)”.

A cláusula exigida pelo inciso V pode parecer desnecessária numa rápida leitura, já que o direito de usar o bem alienado fiduciariamente é inerente a posição do fiduciante,

³⁴ Art. 225 - Os tabeliães, escrivães e juizes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

Art. 176 - O Livro nº 2 – Registro Geral – será destinado à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

§ 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas:

II - são requisitos da matrícula:

3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação: a - se rural, do código do imóvel, dos dados constantes do CCIR, da denominação e de suas características, confrontações, localização e área; b - se urbano, de suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e de sua designação cadastral, se houver.

³⁵ Art. 2º - Ficam dispensados, na escritura pública de imóveis urbanos, sua descrição e caracterização, desde que constem, estes elementos, da certidão do Cartório do Registro de Imóveis.

exceto quando a garantia é ofertada por terceiro, mas, de acordo com Terra (p. 26), “A cláusula assecuratória da livre utilização do imóvel, pelo devedor (fiduciante) enquanto adimplente, por sua conta e risco, transfere a este possuidor direto o risco da guarda e conservação do bem”.

Dessa forma, transfere-se ao devedor fiduciante o dever de honrar com encargos legais decorrentes da posse direta do imóvel, como impostos, IPTU ou ITU, despesas condominiais, dentre outros.

O valor do imóvel e a forma que se dará a revisão deste não suscitam grandes discussões quando houver o adimplemento por parte do fiduciante, pois a propriedade plena será consolidada em seu nome, independentemente do valor que o imóvel tenha no momento final do contrato.

No entanto, tal valor e condições passam a ser essenciais em caso de inadimplência pelo devedor fiduciante e consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, consoante o § 1º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, uma vez que este será o parâmetro utilizado para venda em primeiro leilão. Como será demonstrado adiante, a venda em primeiro leilão não poderá ser efetivada em valor inferior ao indicado no contrato.

De caráter bastante subjetivo, e a ser ajustado entre os contratantes, é a estipulação de critérios para a revisão do valor do imóvel. Para os imóveis em construção, poder-se-ia utilizar o valor indicado inicialmente mais a variação do Índice Nacional da Construção Civil (INCC), divulgado pela Fundação Getúlio Vargas, embora a construção do imóvel não vá, geralmente, se estender durante todo o lapso contratual.

A grande celeuma surge na atualização do valor dos imóveis já construídos, terrenos urbanos e áreas rurais.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás tem entendimentos divergentes sobre qual o índice de correção que deve ser aplicado. Ora julga no sentido de que o Índice Geral de Preços de Mercado (IGPM), também divulgado pela Fundação Getúlio Vargas, poderá ser pactuado para correção do valor do imóvel e também das prestações³⁶, ora determina que o índice a ser aplicado deverá ser o mais benéfico ao adquirente do imóvel³⁷.

³⁶ GOIÁS, Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível nº 130117-8/188 - Processo 200803349402. Apelante: Sebastião Freire da Silva Filho e outra. Apelado: Toca Engenharia Ltda. Relator: Des. Rogério Arédio Ferreira. Goiânia, 11 de novembro de 2008. Diário da Justiça em 12 de dezembro de 2008, p. 234.

³⁷ GOIÁS, Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível nº 109600-9/188 - Processo 200700736853. Apelante: FGR Construtora S/A. Apelado: Cláudia Molinari. Relator: Des. Gilberto Marques Filho. Goiânia: - Diário da Justiça em 17 de novembro de 2008, p. 217.

Em minutas contratuais utilizadas por instituições financeiras, foi verificado que quando a alienação fiduciária era firmada no âmbito do SFH o valor do imóvel era atualizado de acordo com o mesmo Índice de Remuneração Básica da Caderneta de Poupança divulgado pelo BACEN. Nesta situação, o critério para correção seria o mesmo da origem de recurso.

Em outra situação, em que a alienação foi contratada em decorrência de um contrato de consórcio, o índice utilizado para correção do valor do imóvel foi o IGPM.

Chalhub (2009, p. 262-263) ensina que quando se trata de incorporações imobiliárias com o respectivo financiamento, o valor do lance mínimo em primeiro leilão é “o preço pelo qual foi contratada a compra e venda da unidade imobiliária, reajustável nas mesmas condições pactuadas para reajuste do financiamento”. Esse critério é o mais coerente, pois corrige tanto o valor do mútuo concedido quanto o valor do bem lhe serve de garantia.

O art. 27 da Lei nº 9.514/97, a que se refere o inciso VII do art. 24, trata dos procedimentos para realização do leilão extrajudicial após a consolidação da posse ao fiduciário, uma vez que o devedor fiduciante inadimpliu com suas obrigações. Tais requisitos serão analisados no momento em que se for discorrer sobre os leilões judiciais.

Os requisitos expostos e analisados são os mínimos exigidos pela legislação e não podem ser afastados pela convenção das partes contratantes, porém, poderão elas convencionarem outros direitos e obrigações que busquem atender os seus interesses.

3.3 Das partes do contrato

Qualquer pessoa, física ou jurídica, integrante ou não do Sistema Financeiro Imobiliário ou do Sistema Financeiro da Habitação, poderá realizar um negócio jurídico que estabeleça a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, conforme estabelece o art. 22, § 1º, *caput*, da Lei nº 9.514/97.

Para que ocorra a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, deverão participar do contrato pelo menos duas pessoas, que são o devedor fiduciante e o credor fiduciário, e é esta nomenclatura que será utilizada no decorrer deste trabalho, ainda que, por vezes, ela possa parecer repetitiva.

O devedor fiduciante é aquele que transfere a propriedade resolúvel de um bem ao credor fiduciário, com o objetivo de garantir o cumprimento de uma obrigação principal, ou seja, é aquele que tem um débito junto ao credor e, visando dar a este maior segurança, oferta em garantia uma coisa imóvel. Poderá acontecer de figurar como devedor fiduciante mais de

uma pessoa, sobretudo nos contratos firmados com casais que estão adquirindo um imóvel financiado.

O credor fiduciário é aquele que recebe a propriedade de forma resolúvel com o escopo de garantia e, mesmo sendo proprietário, não pode exercer sobre o bem a posse direta que estará com o devedor.

Poderá ocorrer ainda que um terceiro, que seja proprietário de um imóvel, venha transferir o mesmo em alienação fiduciária em garantia ao credor fiduciário, a fim de assegurar o cumprimento da obrigação pelo devedor fiduciante.

Como a atuação do devedor fiduciante, credor fiduciário e também do terceiro garantidor representa a transmissão de imóvel, é necessário que todos tenham capacidade para contratar e poderes para aliená-lo.

Ao discorrer sobre os direitos e deveres das partes, outras informações serão adicionadas às indicadas anteriormente.

3.3.1 Das responsabilidades do devedor fiduciante

Ao firmar o contrato que institui a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, o devedor fiduciante assumirá algumas obrigações perante o credor fiduciário e também perante terceiros, sendo que a principal delas será a de honrar a obrigação principal assumida junto ao credor fiduciário, já que enquanto estiver adimplente poderá utilizar o imóvel livremente (art. 24, inc. V).

Entretanto, o que interessa, sobremaneira, ao presente estudo são as responsabilidades que o devedor fiduciante tem em relação à coisa alienada fiduciariamente.

É interesse e responsabilidade do fiduciante a manutenção do imóvel, em sentido amplo, a fim de preservá-lo ou até mesmo aumentar o seu valor, pois a valorização será considerada e absorvida pelo próprio fiduciante, quando este tiver consolidada, em seu nome, a propriedade do imóvel, depois de cumprida a avença. De outro lado, em caso de sua inadimplência, o valor do imóvel será utilizado como parâmetro para a venda em leilão.

Ainda, conforme previsão do art.27, § 8º, da Lei nº 9.514/97:

[...] responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse.

Embora este dispositivo esteja inserido em artigo que trate sobre as responsabilidades do fiduciante após a consolidação da propriedade ao fiduciário, no caso de inadimplência daquele, é possível apontar que mesmo após a perda definitiva da propriedade ele arcará com os ônus decorrentes do domínio direto, sendo mais certo ainda que durante o período em que o contrato esteja em vigor ele responda pelo pagamento de IPTU, taxas de iluminação e coleta de lixo, contribuições ao condomínio edilício, energia elétrica, gás, água, associação de moradores, dentre outras.

Segundo os ensinamentos de Viegas de Lima (2010, p. 162), a redação do § 8º, acrescido pela Lei nº 10.931/2004, por trazer os exatos limites da responsabilização de cada um dos contratantes, agrega maior segurança jurídica aos que contrataram, especialmente quando se tratar de contratações em massa.

Contudo, ao apreciar suposta violação ao art. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/97, o STJ³⁸ entendeu que, por se tratar de obrigação *propter rem*, as despesas condominiais podem ser exigidas pelo condomínio do credor fiduciário que teve a propriedade consolidada em razão da transferência irrestrita e definitiva realizada pelo inadimplemento contratual do fiduciante. A regra geral das obrigações *propter rem* é a mais correta.

Outra responsabilidade que assume o fiduciante é que caso promova a cessão de sua posição contratual a terceiros, sem o consentimento do fiduciário, continuará obrigado tanto pelo pagamento do que é devido a este quanto em relação aos demais ônus decorrentes da posse.

Também será responsável o fiduciante pelo pagamento da taxa de ocupação em valor correspondente a um por cento do valor do imóvel por cada mês ou fração que ele, ou quem ele autorizar, estiver ocupando o imóvel, a partir da sua alienação em leilão, até a data em que houver a imissão na posse pelo fiduciário.

No decorrer deste estudo³⁹, serão abordadas, com maior profundidade, questões a respeito da taxa de ocupação.

As obrigações do fiduciante, até agora elencadas, decorrem expressamente do que

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 827.085. Ementa: Processual civil e civil - condomínio - taxas condominiais - legitimidade passiva - alienação fiduciária - adquirente - recurso não conhecido. 1 - Na linha da orientação adotada por esta Corte, o adquirente, em alienação fiduciária, responde pelos encargos condominiais incidentes sobre o imóvel, ainda que anteriores à aquisição, tendo em vista a natureza *propter rem* das cotas condominiais. 2 - Recurso não conhecido. - Relator: Ministro Jorge Scartezini. São Paulo: Diário da Justiça em 22 de maio de 2006, p. 219

⁴⁰ Ver item 3.9

consta na legislação sobre o tema, porém, poderão as partes ajustar a responsabilização do fiduciante em outras obrigações, dentre as quais se pode citar o pagamento de despachante, que obterá junto aos órgãos públicos e, também, no condomínio, os documentos necessários para a celebração do contrato.

Também poderá ser ajustado que o fiduciante promova o pagamento da empresa responsável pela avaliação do imóvel que será objeto de garantia e demais emolumentos junto ao Registro de Imóveis quando, após cumprir o contratado, tiver a propriedade plena do imóvel.

A obrigatoriedade de contratação de seguro de vida, no intuito de liquidar a avença, em caso de morte ou invalidez permanente, é outro item que pode ser atribuído ao fiduciante.

O pagamento do Imposto de Transmissão, no caso da propriedade ser consolidada em nome do credor fiduciário, também poderá ser atribuído ao fiduciante, porém, deverá ser considerado como despesa para os efeitos do art. 27, § 3º, inciso II, da Lei nº 9.514/97, de forma que a adjudicação ou venda em leilão representará a exoneração do fiduciante ao pagamento de tal imposto.

3.3.2 Dos direitos do devedor fiduciante

Como possuidor direto, o fiduciante tem o direito de defender tal posse contra qualquer pessoa que venha a turbá-la, inclusive em relação ao fiduciário, que no curso e, desde que cumprida a avença, não poderá praticar contra aquele qualquer medida no sentido de ser imitado na posse.

Além disso, terá o direito de exigir do fiduciário, uma vez extinto o contrato pelo seu adimplemento, a entrega do termo de quitação, para que promova o cancelamento da propriedade fiduciária (art. 25, §§ 1º e 2º). Caso o fiduciário não promova a entrega do termo de quitação, ficará obrigado a promover o pagamento de multa, no valor correspondente a meio por cento do valor do contrato por mês ou fração que perdurar a sua mora.

Em caso de recusa definitiva ou não manifestação do fiduciário, entende-se que é possível manejar ação judicial, a fim de que, por força de decisão proferida pelo magistrado, se promova o cancelamento do registro de propriedade fiduciária. A distribuição da referida ação não prejudica a incidência e cobrança da multa a que a lei faz menção.

Não há dúvidas que o interesse maior das partes é que o contrato seja cumprido nos termos do que fora pactuado. Igualmente, sabe-se que os contratos de aquisição de um imóvel,

lastreado em um financiamento bancário, geralmente têm longos prazos de duração. Dessa forma, é plenamente compreensível o legislador não estabelecer limites ao número de vezes que o fiduciante possa purgar a sua mora, pois a situação financeira dos contratantes ao longo dos anos pode sofrer oscilações momentâneas. Como a lei não estabeleceu um número máximo de vezes, entende-se que as partes não podem pactuar em sentido contrário.

Um dos grandes motivadores da lei em estudo foi justamente de evitar que as partes contratantes, principalmente o devedor fiduciante, permanecesse com débitos vinculados ao contrato, mesmo após ter perdido a posse direta do imóvel. Por isso, lhe é assegurado receber, quando a venda do imóvel em leilão público for realizada em valor inferior ao valor da dívida e despesas, o termo de quitação da dívida no prazo de 5 (cinco) dias (art. 27, §§ 5º e 6º).

Diante da previsão legal de extinção da dívida, por qualquer que seja o valor obtido em leilão público, não mais haverá contratos, cujos quais o mutuário do Sistema Financeiro da Habitação permanecia com débito, muitas vezes até superior ao valor do imóvel, mesmo após o credor ter adquirido a propriedade e a sua posse, mediante liquidação da dívida.

Contudo, caso a venda em leilão público seja em valor superior ao valor da dívida, despesas e encargos decorrentes do contrato que instituiu a alienação fiduciária, terá o fiduciante o direito de receber o saldo remanescente, também no prazo de 5 (cinco) dias da data do leilão. O pagamento representará, nos termos da lei, a quitação recíproca entre as partes, inclusive no que diz respeito à indenização pelas benfeitorias⁴⁰ realizadas pelo fiduciante no imóvel.

Como apresentado no Capítulo 2, há entendimento pacífico de que o direito expectativo pode ser alienado. Dessa forma, é um direito do fiduciante ceder a sua posição contratual a outrem, ajustando, entre eles, a forma e condições de pagamento do direito expectativo.

No entanto, na cessão da posição de fiduciante a terceiro estranho, a relação contratual deverá receber a anuência do credor fiduciário (art. 29), pois ele é o titular do crédito e analisará se o pretense novo fiduciante tem condições de cumprir com as obrigações assumidas pelo devedor original.

O objetivo principal de tal regramento é evitar a ocorrência dos “contratos de gaveta”, em que há transmissão de direitos sem que o credor tenha conhecimento. A utilização dos mencionados contratos é tanta que, mesmo não normatizados, a jurisprudência e os

⁴⁰ Ver item 3.12.

doutrinadores os aceitam como válidos.

Ao analisar o mútuo hipotecário, o STJ⁴¹ tem entendido, atualmente, que, em se tratando de contratos celebrados no âmbito do SFH, há necessidade de anuência do agente financeiro, mutuante, sobre a transferência do contrato, pois se não houver tal anuência, os recursos direcionados ao SFH poderão ser transferidos a pessoas que não sejam elegíveis para aquele sistema, especialmente em relação à faixa de renda familiar, que poderá ser superior ao limite do SFH. A mesma regra serve para os contratos que estabeleçam a alienação fiduciária em garantia, já que a origem dos recursos é a mesma.

Embora, em última análise, esses contratos sejam considerados válidos, a boa prática jurídica recomenda que sejam evitados, pois podem trazer complicações aos contratantes originários: ao credor, por desconhecer quem está utilizando um imóvel de sua propriedade fiduciária, e, ao devedor, porque muitas vezes acaba tendo o seu nome relacionado junto aos órgãos de proteção de crédito em razão da mora de quem lhe assumiu o posto e, também, porque poderá ser demandado judicialmente por força do contrato que firmou e sobre o qual não tem mais qualquer ingerência.

Ademais, também aquele que inicialmente era estranho à relação contratual terá dissabores com os contratos de gaveta, pois o bem pelo qual pagou algum valor ao devedor originário, e continua pagando ao credor, poderá ser relacionado em processo de inventário do devedor originário, exemplificativamente.

Se o fiduciante, reconhecendo a sua condição de inadimplente, quiser evitar o procedimento de realização de leilões públicos do imóvel que era objeto de garantia fiduciária, poderá ajustar com o fiduciário a dação em pagamento do seu direito eventual para pagamento da dívida⁴².

Quanto ao prazo para desocupação do imóvel pelo fiduciante, depois de consolidada a posse ao fiduciário ou a quem adquirir o imóvel em leilão, é assegurado o limite de 60 (sessenta) dias (art. 30, da Lei nº 9.514/97).

Como se vê, muitos são os direitos do devedor fiduciante, porém, todos eles estarão

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em Recurso Especial nº 973617. Ementa: Administrativo. Sistema financeiro da habitação - SFH. Fundo de Compensação de variações salariais - fevs. Legitimidade do Cessionário. Contrato de "gaveta". Possibilidade, desde que existente anuência do mutuante. Lei nº 10.150/2000. Jurisprudência consolidada pela corte especial do STJ (Resp n. 783.389/RO). Não verificação, *in casu*, da concordância do agente financeiro. Divergência apresentada com base em paradigmas antigos, anteriores à pacificação do tema pela corte especial. Embargos de divergência rejeitados. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. São Paulo: Diário da Justiça eletrônico em 02 de agosto de 2011.

⁴² Ver item 3.8.

vinculados ao seu principal dever, que é promover o cumprimento da obrigação principal assumida, geralmente, um mútuo.

3.3.3 Dos deveres do credor fiduciário

A propriedade do credor fiduciário tem caráter resolúvel. Dessa forma, enquanto o devedor fiduciante estiver cumprindo o que foi ajustado, não pode aquele turbar a posse direta deste, sob pena de ser demandado, para que tal turbação cesse imediatamente.

Essa é a principal obrigação a que está sujeito o credor fiduciário, pois mesmo sendo o dono da propriedade resolúvel, não poderá exercê-la plenamente, estando ele restrito aos limites do contrato, não podendo usar, gozar ou dispor do imóvel, pois há um direito em favor do devedor fiduciante que deverá ser respeitado. Embora essa disposição decorra da própria natureza da propriedade fiduciária, o art. 24, inciso IV, da Lei nº 9.514/97, estabelece a obrigatoriedade de que conste no contrato a livre utilização do bem.

O outro dever do credor fiduciário, desde que cumprido integralmente o que foi pactuado, é o de entregar ao fiduciante, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da liquidação da dívida, o documento hábil para que se proceda a baixa da propriedade fiduciária junto ao Cartório de Registro de Imóveis, sob pena de incorrer em multa no valor equivalente a meio por cento do valor do contrato por mês ou fração que deixar de promover a entrega do documento.

Como a posse direta do imóvel está ligada ao fiduciante, poderá ele promover a locação do bem alienado fiduciariamente a terceiro. Caso tenha o credor fiduciário anuído expressamente com a celebração do contrato de locação, depois de consolidada a propriedade em seu nome, deverá respeitar o prazo da locação até o termo final (§ 7º, art. 27, Lei nº 9.514/97⁴³).

Os deveres apresentados deverão ser observados enquanto a avença estiver sendo cumprida e depois de seu adimplemento total. Contudo, verificada a mora do devedor fiduciante, outras obrigações surgem ao fiduciário que pretende vender o imóvel em leilão ou consolidar em seu nome a propriedade fiduciária, conforme se verá a seguir.

Por serem obrigações do fiduciário, serão contrapostas aos direitos do fiduciante, e algumas já foram elencadas em itens anteriores, mas, mesmo assim, serão, no mínimo,

⁴³ Ver item 3.12

citadas.

A primeira obrigação do fiduciário, depois de constatada a mora e decorrido o prazo de carência estabelecido em contrato, é promover a notificação do devedor para que o mesmo promova a purgação da mora com a advertência de que, se não o fizer, a propriedade será consolidada em seu nome.

Não basta a inércia do devedor quanto à mora para que a propriedade seja consolidada em nome do credor fiduciário. Este deverá apresentar ao Registro de Imóveis o comprovante de recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos* e do pagamento de laudêmio, quando se tratar de bens enfitêuticos. Após o recolhimento do imposto de transmissão, deverá o credor fiduciário iniciar o procedimento para venda do imóvel em leilão, a ser realizado no prazo de 30 (trinta) dias da data da consolidação da propriedade.

A purgação da mora pelo devedor fiduciante, nos termos da lei, deverá ser feita diretamente junto ao Registro de Imóveis, que repassará os valores devidos ao fiduciário no prazo de 3 (três) dias, porém, entende-se que é possível que a purgação ocorra diretamente ao credor fiduciário.

Nesta última situação, o Cartório de Registro de Imóveis deverá ser comunicado sobre o fato e receber pelos serviços cartorários já prestados, a fim de que não se promova a averbação da consolidação da propriedade, mesmo que o imposto de transmissão *inter vivos* tenha sido pago. Se o fiduciário negligenciar neste comunicado, será responsabilizado e deverá arcar com todos os ônus necessários para que se retorne à situação anterior, devendo solicitar o cancelamento da averbação nos termos da Lei de Registros Públicos.

Cinco dias após a realização do leilão extrajudicial para venda do imóvel, que era objeto da garantia, deverá o credor fiduciário entregar ao devedor a importância resultante da diferença apurada entre o valor da venda do imóvel e a dívida, acrescida das despesas. Igual prazo terá para, em sendo o imóvel vendido em leilão por valor inferior à dívida e despesas somadas, promover a entrega ao devedor do respectivo termo de quitação.

Insta ressaltar que a letra da lei (§ 5º, art. 27) estabelece que “considerar-se-á extinta a dívida” quando o valor da venda do imóvel em segundo leilão for inferior ao valor da dívida e despesas, ambas devidamente definidas no § 3º do mesmo artigo.

Poder-se-ia entender que ao devedor fiduciante remanesceria o valor das despesas, caso o valor da venda não for superior ao montante da dívida e despesas, entretanto, não é isso que se extrai da primeira parte da norma, uma vez que ela remete ao § 2º, que estabelece que o lance mínimo, no segundo leilão, deva ser “superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais”.

Ao tratar dos procedimentos de constituição em mora, leilões, adjudicação e consolidação da propriedade, serão analisados, de forma mais detida, os deveres expostos.

3.3.4 Dos direitos do credor fiduciário

Independentemente de quem seja o credor fiduciário, o direito mais importante que ele terá, depois de estabelecidas as condições contratuais, é o de receber, pela forma e condições ajustadas, aquilo que lhe é devido, de acordo com a obrigação principal.

Geralmente quem irá cumprir a obrigação principal de pagamento será o devedor fiduciante, que o fará diretamente ao credor, sendo que aquele poderá fazê-lo em caso de mora superior a carência fixada em contrato ao Registro de Imóveis, que repassará ao fiduciário a importância devida, como visto anteriormente.

Poderá o credor fiduciário ter seu crédito satisfeito por força do recebimento de seguro de risco de morte ou invalidez permanente, contratado pelo devedor fiduciante, em decorrência do contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis firmado (Lei nº 9.514/97, art. 5º, inc. IV). A cobertura do seguro será na quantia equivalente ao valor da dívida do devedor fiduciante junto ao credor fiduciário, de forma que, quanto maior o valor pago ao longo do tempo pelo fiduciante, menor será o prêmio a ser suportado pelo segurado e devedor fiduciante.

O adimplemento total do contrato por força do seguro em nada altera o direito do devedor fiduciante e seus sucessores em receber a propriedade do imóvel sem qualquer ônus, visto que o credor terá satisfeito o seu direito de receber, atendido por um terceiro, que havia se obrigado junto ao fiduciante.

A quitação do contrato também poderá ocorrer por força de recebimento de indenização decorrente de desapropriação do imóvel objeto da garantia. Nesta situação, o direito do credor fiduciário limitar-se-á ao valor do saldo devedor do contrato e não a todo montante indenizado, uma vez que o devedor fiduciante, à medida que vai pagando as prestações, passa a ser titular do direito expectativo correspondente.

Se assim não fosse, poderia haver enriquecimento sem causa do credor fiduciário, pois ele receberia um grande número de prestações do fiduciante e, ao restarem apenas poucas parcelas para a quitação do contrato, teria o imóvel desapropriado, recebendo a integralidade do valor indenizatório da expropriação.

Ao contrário do que acontece com a liquidação por meio de seguro, no caso de

desapropriação, o devedor fiduciante não receberá o imóvel que era objeto da garantia, pois ele foi transferido a quem promoveu a desapropriação. Repita-se, receberá o devedor fiduciante o valor da desapropriação após a satisfação do crédito do fiduciário.

Poderá ocorrer que o fiador ou terceiro interessado promova o pagamento em favor do credor fiduciário original, neste caso, não haverá extinção da propriedade fiduciária, mas, apenas, uma sub-rogação dos direitos em favor daquele que honrou a avença original. Se houve quitação total do débito, o sub-rogado passa a ocupar a posição que outrora era do credor originário, com todos os direitos e obrigações dele decorrentes, mas com crédito no valor equivalente ao que pagou e não no valor originário do débito do devedor fiduciante.

Assim como na sub-rogação, a cessão de créditos, permitida pelo art. 29 da Lei nº 9.514/97, não representa a extinção da propriedade fiduciária, mas a substituição do credor originário por outro fiduciário. É certo que o credor originário terá seu crédito satisfeito, geralmente aceitando receber um valor menor do que receberia se aguardasse o desenlace contratual, ou seja, receberá o que lhe era devido com deságio.

Conforme previsão legal, que será ressaltada no item 3.14, a cessão de crédito pelo credor fiduciário poderá ser realizada a qualquer momento e não dependerá de notificação ou manifestação do devedor fiduciante.

Após receber o seu crédito, por alguma das maneiras indicadas ou por qualquer outra que venham as partes convencionar, nenhum outro direito poderá reclamar o fiduciário. Porém, se o devedor fiduciante incidir em mora e não purgá-la, terá o credor o direito de iniciar os procedimentos para a consolidação da propriedade plena em seu nome e, posteriormente, realizar os leilões públicos para venda do imóvel e a retomada do mesmo, inclusive promovendo a cobrança de taxa de ocupação do imóvel.

Em relação à taxa de ocupação, cuja cobrança é permitida por força do art. 37-A da Lei nº 9.514/97, há necessidade de deixar claro que ela será devida entre a data da venda do imóvel em leilão até a data da imissão de posse do fiduciário ou sucessores deste. Ou seja, da data em que o fiduciante deixar de pagar as prestações assumidas até a data em que for realizado o leilão, não estará ele obrigado a pagar a taxa de ocupação.

Ainda que de forma indireta, terá o fiduciário o direito de apropriar-se de todas as benfeitorias, úteis, necessárias e voluptuárias, realizadas no imóvel pelo fiduciante. Diz-se indireta, porque as benfeitorias realizadas representarão um aumento do valor do imóvel ou, no mínimo, evitarão que o mesmo se desvalorize. Por isso, em sendo realizada a venda em leilão público, o montante decorrente das benfeitorias será considerado pelo comprador no momento da aquisição.

De acordo com os ensinamentos de Restiffe Neto e Restiffe:

A Lei 9.514/1997 [*sic*] parte do pressuposto de que, se o valor das benfeitorias (e acessões) já está compreendido na *plusvalia* do preço efetivamente alcançado na venda exitosa realizada em leilão, em relação ao valor do imóvel indicado pelo critério do art. 24, VI, não haveria por que cogitar de indenização do devedor (*bis in idem*) art. 27, § 4º - em tese, que deva ser paga pelo credor; razão que ditou a exclusão da aplicabilidade da regra da parte final do art. 1.219 do CC de 2002 (direito de retenção por benfeitoria) (RESTIFFE NETO, RESTIFFE, 2009, p. 119).

Os autores ressaltam que a dispensa de indenização e do direito de retenção em razão das benfeitorias, ocorrerá no caso de venda em leilão, conforme regra restritiva do § 4º do art. 27, de forma que, caso não seja efetivada a venda em leilão e o imóvel seja transferido irrestritamente ao fiduciário, poderá o devedor fiduciante não só pleitear o recebimento de indenização, como exercer o direito de retenção “se o valor do imóvel benfeitorizado supera o valor contemporâneo da dívida, apontando crédito do fiduciante que justifica a retenção compensatória” (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, 2009, p. 120).

Ressaltam-se, por fim, que o credor fiduciário poderá ceder a sua posição do contrato a terceiros, mas os direitos a serem cedidos serão os mesmos que detém, de forma que o cessionário assumirá a posição daquele, sem outros direitos do que dispunha o credor originário. Como visto anteriormente, a cessão da posição de fiduciário poderá ser efetivada sem o consentimento do devedor fiduciante.

3.3.5 Terceiro interessado prestador de garantia

Poderão ocorrer situações em que o devedor não disponha de imóvel para constituição de garantia fiduciária em favor do credor. Apresentadas estas situações, poderá um terceiro, que detenha plena propriedade sobre alguma coisa imóvel, ofertá-la em garantia de cumprimento da obrigação assumida pelo devedor.

Não se trata da figura do fiador nem de coobrigado, mas sim, daquele que retira de seu patrimônio um bem imóvel e o transfere em garantia de uma obrigação assumida pelo devedor principal. A responsabilidade pelo pagamento do débito permanece com o devedor principal. É certo que a Lei nº 9.514/97 sequer faz menção a esta possibilidade, contudo, o art.

51 da Lei nº 10.931/2004 expressamente a prevê⁴⁴.

Se o devedor promover a quitação total do débito no curso do contrato, a propriedade fiduciária também se resolverá com o retorno do imóvel ao patrimônio do terceiro prestador de garantia, com o domínio pleno sobre o mesmo.

Como a propriedade fiduciária foi constituída sobre bem que pertencia a terceiro, é necessário, em caso de mora do devedor principal, que aquele seja cientificado, pois poderá, como terceiro interessado (art. 31, Lei nº 9.514/97) e não coobrigado, promover a purgação da mora, para que seu bem não seja oferecido em leilão público ou transferido ao patrimônio do credor fiduciário sem qualquer restrição ou a quitação do contrato.

Se o terceiro prestador de garantia promover a purgação de mora do devedor, o contrato terá seu prosseguimento normal, mantendo-se vinculada a propriedade fiduciária de terceiro à obrigação principal, assim como a obrigação do devedor em promover os pagamentos vincendos. Nesta situação, o terceiro prestador de garantia ficará sub-rogado parcialmente, no direito de cobrar do devedor as parcelas que pagou.

Por outro lado, se a opção do terceiro prestador de garantia for de, voluntariamente, liquidar o contrato junto ao credor, a propriedade fiduciária será resolvida (art. 25, Lei nº 9.514/97), voltando o bem a integrar o seu patrimônio, sem qualquer restrição.

Da mesma forma que na purgação da mora, o terceiro se sub-rogará no direito de cobrar do devedor o montante que houver pago ao credor, mas, agora, sem a garantia fiduciária. O devedor permanecerá com a obrigação de pagamento, mas não mais em relação ao credor fiduciário, e sim, com aquele que ofertou a garantia e liquidou seu débito.

No entanto, em caso de inadimplemento contratual, não há possibilidades de o credor avançar sobre todo o patrimônio do terceiro prestador de garantia, em razão de que, conforme previsão legal (art. 27, § 5º), se o imóvel não for vendido por valor superior ao total da dívida e despesas, o débito será considerado quitado, seja em relação ao devedor, seja em relação ao terceiro que prestou garantia.

Há ainda a possibilidade de um terceiro, que não seja o prestador de garantia, promover a liquidação da dívida junto ao credor fiduciário, neste caso, “operar-se-á a sub-rogação no crédito e na propriedade fiduciária em nome do pagante (coobrigado, fiador)” (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, 2009, p. 143). Ou seja, tanto o devedor quanto o terceiro

⁴⁴ Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel.

prestador de garantia continuarão com as mesmas obrigações assumidas inicialmente.

Apesar de possível juridicamente, na prática, o oferecimento de garantia fiduciária por terceiro, que não tem obrigação legal ou contratual de honrar com o adimplemento, é muito pouco utilizada, devido ao comprometimento patrimonial que incorrerá o prestador da garantia.

Considera-se viável em situações que, exemplificativamente, uma pessoa jurídica contrata um financiamento e não tem em seu patrimônio nenhum bem capaz de suprir a garantia exigida pelo credor. Nesse caso, os sócios, ou apenas um deles, poderiam comparecer como prestadores de garantia. Idêntica situação poderia ocorrer entre familiares.

3.3.6 Do terceiro interessado coobrigado

Expôs-se a situação em que terceiro não coobrigado ao pagamento da dívida presta garantia fiduciária. Agora a análise feita será em relação àquele que, em razão da avença, assumiu a posição de coobrigado. “Em suma, o fiador é terceiro interessado, coobrigado; e o terceiro só prestante de garantia real fiduciária é terceiro interessado, mas não coobrigado” (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, 2009, p. 139).

O fiador, que é terceiro interessado e conhecido na avença, deverá ser notificado da mora, no cumprimento das obrigações por parte do devedor principal, pois sendo coobrigado, deverá promover o pagamento das parcelas em aberto. Não poderá o credor, por exemplo, encaminhar o nome do fiador aos órgãos de proteção de crédito sem lhe dar ciência do atraso no cumprimento das obrigações. Da mesma forma que os procedimentos de consolidação da propriedade e leilão poderão ser anulados em caso de ausência de intimação.

Se houver adimplemento pelo devedor principal, não haverá nenhuma obrigação a ser satisfeita por terceiro interessado, seja fiador ou não.

Contudo, se o fiador ou qualquer terceiro interessado⁴⁵, que não prestou garantia fiduciária, promover a purgação da mora, se sub-rogará no crédito e poderá exigir do devedor principal o pagamento dos valores que desembolsou. Desse modo, a obrigação principal e a posição das partes na avença permanecerá a mesma.

Por sua vez, se o coobrigado promover a liquidação total da dívida, se sub-rogará não só no crédito, mas, também, na garantia fiduciária, podendo promover os procedimentos para

⁴⁵ CC, Art. 346 A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:
III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

retomada do imóvel como qualquer outro credor fiduciário, inclusive se obrigando ao pagamento de ITBI (§7º, art. 26, Lei nº 9.514/97) e todos os demais atos de intimação, leilão e adjudicação do imóvel em seu nome, a fim de receber “até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor” (CC, art. 350).

Dessa forma, o valor da dívida, para efeito de lance mínimo, do segundo leilão, será o montante equivalente ao que o terceiro interessado pagou ao credor fiduciário originário, sub-rogador.

Não poderá o terceiro interessado, que promoveu o pagamento da obrigação principal, pretender permanecer com a propriedade do imóvel sem realizar os procedimentos de venda em leilão público, já que a obrigação na qual se sub-rogou determinava a venda em leilão.

3.4 Dos bens e direitos que podem ser objeto de garantia

A Lei nº 9.514/97 não faz qualquer distinção em relação a que tipos de imóveis poderão ser objeto de transferência em garantia de alienação fiduciária, sejam eles construídos, em construção, terrenos urbanos ou rurais. Logo, todo o tipo de imóvel poderá ser objeto de garantia.

A redação atual do art. 22, *caput*, parágrafos e incisos da Lei em comento, estabelece a transferência da propriedade resolúvel de coisa imóvel. Entretanto, o mencionado dispositivo legal sofreu quatro alterações, desde a promulgação da Lei nº 9.514, em 20 de novembro de 1997, até que a Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007, fixou a redação atual da norma, com dois parágrafos, sendo o primeiro com quatro incisos.

O *caput* do § 1º do art. 22 prescreve que o objeto da contratação poderá ser a propriedade plena. A maioria dos contratos que estabelecem a alienação fiduciária sobre coisa imóvel é realizada tendo como objeto tal propriedade, pois é o mais robusto direito real, já que o proprietário poderá usar, gozar, dispor e reaver a propriedade em face de quem a possua ou a detenha injustamente (CC, art. 1.228).

Os direitos de usar e gozar não são apenas inerentes ao proprietário, podendo o possuidor, em determinadas situações, também fazê-lo. A grande diferença entre a propriedade e os outros direitos reais, é a possibilidade de o proprietário dispor da coisa como melhor entender. Neste sentido, é que poderá o proprietário alienar fiduciariamente em garantia de uma obrigação que ele mesmo assumiu, ou que foi assumida por terceiro, um bem

de sua propriedade que responderá em caso de inadimplemento da obrigação.

Para se aferir a situação da propriedade plena, é necessário buscar a situação do imóvel junto ao Registro de Imóveis competente, considerando que a legislação brasileira estabelece, como critério para transferência de propriedade, a necessidade de registro a ser realizado na matrícula de cada imóvel.

Além da propriedade plena, é possível a instituição de alienação fiduciária de coisa imóvel de bens enfiteuticos, direito de uso especial para fins de moradia, direito real de uso e propriedade superficiária. Cada uma dessas categorias tem sua particularidade.

Por meio da enfiteuse, o proprietário de terras não cultivadas ou terrenos que se destinem a edificação (CC/1916, art. 680) transfere, em caráter perpétuo, o domínio útil a outrem, permanecendo com o domínio direto. Em contraprestação a tal transferência, o proprietário, denominado senhorio, receberá do enfiteuta, que passa a ser o titular do domínio útil, o pagamento do foro e de laudêmio. O foro será pago anualmente, como contraprestação à instituição da enfiteuse, e o pagamento de laudêmio ocorrerá quando houver a transferência de domínio útil por meio de venda ou dação em pagamento (CC 1916, art. 686).

Sendo titular do domínio útil, o enfiteuta poderá dispor de tal direito da forma que lhe convier, podendo vender, doar, permutar, dar em pagamento e instituir sobre o mesmo qualquer outra garantia real, inclusive a alienação fiduciária em garantia.

Haverá, portanto, uma grande distinção quando se tratar de alienação fiduciária de propriedade plena e de bens enfiteuticos, pois nesta, em caso de mora do devedor fiduciante, não haverá consolidação da propriedade em nome do fiduciário, mas sim, a consolidação do domínio útil em seu nome, permanecendo a propriedade com o senhorio, que receberá do credor fiduciário o valor relativo ao laudêmio.

Venosa (p. 378, volume V) faz uma longa digressão do instituto para demonstrar as origens do mesmo e também para deixar claro que a utilidade da enfiteuse em nossos dias é irrelevante, tanto que o CC, art. 2.038, expressamente vedou a constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses. Porém, as que já haviam sido instituídas antes da vigência do atual código, continuam em vigor e têm o seu funcionamento regulado pelas normas do CC/1916⁴⁶, que relacionava a enfiteuse como um direito real sobre coisa alheia, tanto que para Silvio Rodrigues (1994, p. 249) ele era “o mais amplo dos direitos reais sobre coisas alheias”.

O direito de uso especial para fins de moradia, previsto no art. 183 da Constituição

⁴⁶ Artigos 678 a 694.

Federal, foi regulamentado pela Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001. Por meio desse instituto, aquele que possuir como seu durante 5 (cinco) anos ininterruptos e sem oposição, imóvel público, situado em área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, poderá solicitar, administrativamente, junto ao proprietário do imóvel, que lhe seja concedido o direito de uso especial para fins de moradia ou para fins comerciais.

A concessão de tal direito pelo Poder Público é gratuita e personalíssima, pois levará em conta a situação do solicitante, em 30 de junho de 2001. A fixação de uma data anterior à entrada em vigor da norma, para que o direito de uso especial seja concedido, objetiva justamente evitar que novas ocupações sejam efetivadas e, posteriormente, os possuidores possam buscar o direito de uso especial.

Caso o direito do possuidor não seja concedido no prazo de 12 (doze) meses, neste mesmo prazo, negado pela administração Pública, o possuidor poderá pleitear a concessão do direito de uso especial por meio de ação judicial. Uma vez concedido o direito, judicial ou administrativamente, haverá registro do mesmo no Registro de Imóveis, podendo, posteriormente, tal direito ser transferido a terceiros pelas formas tradicionais, *inter vivos* ou *causa mortis*.

Como detentor do direito de uso para fins de moradia, poderá ceder, transferir e praticar todos os atos inerentes ao direito de uso. O cessionário poderá alienar fiduciariamente o seu direito para garantir o cumprimento de obrigação.

Contudo, como o direito de uso especial não se confunde com a propriedade, no caso de inadimplemento do devedor fiduciário, não haverá consolidação da propriedade, já que o proprietário do imóvel continuará sendo o Poder Público que outorgou a concessão, mas poderá o credor, consolidado no direito especial de uso para fins de moradia, praticar todos os atos inerentes à consolidação da posse e também dispor do direito de uso a terceiros.

Há discussões sobre a constitucionalidade da medida provisória e, também, sobre outros requisitos que poderiam receber maiores atenções. No entanto, como o objetivo do presente estudo não é analisar a referida norma, não se fará maiores considerações a respeito.

Embora de nome semelhante e também um contrato administrativo, o direito real de uso é regulado pela Decreto-Lei nº 271 de 28 de fevereiro de 1967. A concessão de direito real de

[...] uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social

em áreas urbanas.⁴⁷

Cabe ressaltar que a Lei nº 11.481/2007, alterou a redação do art. 7º do Decreto-Lei nº 271, e inseriu na Lei nº 9.514/97 o inciso III do § 1º do art. 22.

Não há limitação quanto ao tamanho do terreno e sua destinação, sendo certo que esta deverá ser ajustada entre os contratantes e seguida pelo cessionário, sob pena de autorizar a resolução da concessão.

Como tal concessão será realizada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo⁴⁸, poderá ser fixada a impossibilidade de ser objeto de alienação a referida concessão, sendo certo que, se nada constar expressamente, o cessionário fará uso desse direito como melhor lhe convier, inclusive alienando fiduciariamente o direito real de uso.

A propriedade superficiária (art. 22, §1º, IV), que foi instituída no ordenamento pátrio, por meio do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 10 de julho e 2001, e, posteriormente, pelo CC, trata-se de um direito real autônomo em relação à propriedade. Pode ser instituído sobre imóveis rurais e urbanos, onerosa ou gratuitamente.

Um ponto de divergência entre o Estatuto das Cidades e o CC ocorre no que diz respeito ao prazo que perdurará o direito de superfície. Enquanto a primeira norma estabelece que o prazo possa ser determinado ou indeterminado, a segunda, fixa que somente poderá ocorrer por prazo determinado, de forma que, por exclusão, quando se tratar de propriedade superficiária de imóvel rural, somente poderá ter prazo determinado, já que a este é inaplicável, como a própria denominação explicita, o Estatuto das Cidades.

Por meio da escritura pública, que institui o direito de superfície, as partes delimitarão, com a maior amplitude possível, o que o superficiário, titular do direito em questão, poderá fazer ou deverá deixar de fazer em relação à superfície de propriedade, pois o não cumprimento do estabelecido, inclusive em relação ao pagamento do *canon*, que é a remuneração a ser percebida pelo proprietário, poderá acarretar a revogação do direito de superfície.

Apresentadas as características desse novo direito real, cabe, mais uma vez, ressaltar que aqui também não haverá consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário, pois a propriedade plena não lhe pertencerá, já que o objeto da garantia foi apenas o direito de

⁴⁷ Decreto-Lei nº 271, art. 7º, caput, com redação da Lei nº 11.481 de 31 de maio de 2007.

⁴⁸ Decreto-Lei nº 271, art. 7º, § 1º.

superfície do qual o devedor fiduciante era proprietário.

3.5 Dos tipos de contrato de alienação fiduciária

Como já ressaltado ao longo deste estudo, a instituição de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis será sempre ligada a um outro negócio jurídico, ou seja, sempre será acessória a uma obrigação principal. Sendo assim, ela poderá ser utilizada nos mais variados tipos de contrato. A seguir serão apresentadas as características de três tipos de contratos, que são os mais utilizados na prática negocial.

3.5.1 Contrato de venda e compra de imóvel sem intervenção de instituição financeira

Nesta situação, aquele que é proprietário de bem imóvel celebra um contrato de compra e venda e aceita receber o valor de forma parcelada diretamente do comprador. Além de analisar a capacidade de pagamento do comprador, o vendedor exigirá deste, como a garantia do cumprimento de sua obrigação, o próprio imóvel, especialmente porque nestes casos o comprador passará a exercer a posse direta, mesmo antes de promover a quitação dos valores a que se comprometeu.

Não há, portanto, a participação de nenhum outro ator contratual, a não ser o proprietário do imóvel, que assumirá a condição de credor fiduciário, e do adquirente do mesmo, devedor fiduciante.

Poderão figurar como vendedores e, conseqüentemente, como credores fiduciários, qualquer pessoa, física ou jurídica, que seja proprietária de imóvel.

Somente nesta situação é que a dicção legal do art. 30 da Lei nº 9.514/97 se aplicaria de forma correta, pois, aqui sim, o proprietário pleno do imóvel que celebrou o contrato de compra e venda com instituição de alienação fiduciária em garantia e transferiu ao adquirente a posse direta do mesmo, teria direito à “reintegração de posse”.

Nas demais situações (que serão apresentadas à seguir), o mencionado dispositivo também pode ser aplicado, embora o fiduciário, ou quem o suceder, nunca tenha gozado plenamente da posse, de forma que é, no mínimo, estranho a possibilidade deles nela serem reintegrados.

3.5.2 Contrato de venda e compra de imóvel com participação de instituição financeira

Aqui o contrato principal será uma venda e compra celebrada entre o proprietário do imóvel e o adquirente. Neste contexto, surge um terceiro, que será a responsável pela satisfação imediata do crédito do proprietário do imóvel e que ajustará com o comprador do imóvel a forma de “reposição do empréstimo ou do crédito fiduciário” (art. 24, inc. II).

Normalmente, quem fará o papel de financiador será uma instituição financeira, sendo permitido, também, a qualquer pessoa física ou jurídica fazê-lo, devendo ser observado, se não for instituição financeira, os limites legais quanto à taxa de juros.

Esta modalidade, apesar de que a anteriormente indicada seja a forma clássica, é a mais utilizada no mercado imobiliário, especialmente por que as incorporadoras de imóveis, que geram o maior volume de venda, geralmente optam por receber o valor integral do imóvel no momento da entrega dos mesmos aos compradores, repassando a estes a obrigação de obter um financiamento bancário quando não têm condições de arcarem com a liquidação do valor da venda.

Para assumir a obrigação de promover o pagamento do valor do imóvel ao vendedor, a instituição financeira irá analisar a capacidade de pagamento do comprador e dele exigirá garantias de que, se não for promovido o pagamento, possa recuperar o seu crédito. Nesta situação é que o comprador transfere a propriedade fiduciária do imóvel que adquiriu à instituição financeira, que passará a ser o credor fiduciário.

Realizada a operação de financiamento com o proprietário do imóvel, recebendo o valor que ajustou com o adquirente diretamente da instituição financeira, o primeiro não fará parte da relação fiduciária acessória, pois recebeu o que lhe era devido e nada mais tem a reclamar. Responderá o vendedor, assim como em qualquer outro contrato de venda e compra, pelos defeitos no imóvel vendido nos termos do CC e CDC.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte tem admitido a legitimidade passiva do agente financeiro, juntamente com a construtora, nas ações em que se discute a responsabilidade por prejuízos causados ao mutuário-comprador do imóvel em razão de defeitos de construção. 2. Tendo em vista o caráter social dos empreendimentos financiados pelas instituições bancárias gestoras dos recursos do SFH, estão estas também comprometidas com sua consecução, de maneira solidária com o construtor, devendo ser apurada a culpa da instituição financeira, no curso da instrução processual, por negligência ao possibilitar o emprego indevido de fundos provenientes do SFH (TRF4, AG 2004.04.01.021084-7, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 27/10/2004).

Leonardo (2003, p. 210) sustenta que, para as situações em que os recursos são oriundos do SFH, a responsabilização solidária entre incorporadora e instituição financeira é regra por força no disposto na Circular 22/84 do BNH e, sempre que houver *vínculo explícito* entre aqueles dois na concessão de crédito e aquisição do imóvel, também deverá ser aplicada.

Por sua vez, em se tratando de compra e venda de imóveis prontos, como a instituição financeira não foi vendedora do imóvel nem forneceu recursos para sua construção, mas apenas outorgou ao comprador, devedor fiduciante, os meios para que este quitasse a obrigação assumida junto ao vendedor, entende-se que ela não responderá por eventuais problemas apresentados no imóvel⁴⁹.

3.5.3 Contrato de compra e venda por meio de consórcio

Situação idêntica à apresentada poderá ocorrer quando a compra e venda for realizada mediante o pagamento de quota de consórcio contemplado em favor do devedor fiduciante, mas, ainda, sem pagamento integral das prestações do consórcio.

Não haverá nenhuma alteração da posição do proprietário do imóvel em relação ao contrato de financiamento, pois receberá da administradora de consórcio o valor total da venda ou o valor parcial com a complementação, por meio de recursos próprios do adquirente, e dará plena quitação.

O devedor fiduciante, que neste caso não terá o valor financiado por instituição financeira, e sim, por recursos decorrentes do autofinanciamento, continuará a promover o pagamento das prestações do consórcio da forma e nas condições que havia pactuado anteriormente e alienará fiduciariamente em garantia o imóvel que adquiriu em favor da administradora.

Uma vez liquidado o consórcio com o pagamento de todas as prestações exigidas, a propriedade fiduciária se extinguirá e o devedor fiduciante, que já exercia a posse direta, terá a propriedade plena do imóvel, como em qualquer outro contrato que estabeleça a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. Como lecionam Restiffe Neto e Restiffe:

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 310.336. Ementa: Mútuo para aquisição de imóvel pronto. Responsabilidade do agente financeiro. 1. Tratando-se da aquisição de imóvel pronto, como destacado no Acórdão recorrido, não há falar em responsabilidade da instituição financeira que, pura e simplesmente, contratou o mútuo. 2. Recurso especial não conhecido. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Distrito Federal: Diário da Justiça em 18 de março de 2002, p. 246.

A diferença prática mais sensível que distingue as modalidades de garantia fiduciária imóvel, a de mercado e a de consórcio, é que: a de mercado é com juros, mas sem saldo devedor; enquanto a de consórcio é sem juros, mas com saldo devedor (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, 2009, p. 202).

É justamente essa diferenciação que traz consequências distintas para o caso de inadimplemento contratual do devedor fiduciante e a subsistência de saldo devedor, após a venda do imóvel em leilão público, conforme se verá adiante⁵⁰, quando for tratado sobre a extinção do débito após venda do imóvel em leilão ou a transferência definitiva e irrestrita ao patrimônio do credor fiduciário.

3.5.4 Contratos de financiamento

Embora o objetivo principal da Lei nº 9.514/97 seja o de fomentar o mercado imobiliário com a realização de transações que facilitem o acesso aos bens imóveis e às linhas de crédito necessárias para o funcionamento do setor, é possível que a alienação fiduciária em garantia de bens móveis seja contratada em outras situações.

Um exemplo dessa utilização ocorre quando alguém, tendo um débito junto a terceiro, seja ele decorrente de atividade empresarial, como antecipação de recebíveis e financiamento de capital de giro, ou de obrigações pessoais, como empréstimos para honrar esta ou aquela situação, busca junto ao credor melhores condições de pagamento, propondo, na maioria das vezes, redução de taxa de juros e alongamento da dívida, se dispõe a ofertar em garantia um bem imóvel.

Qualquer credor, ao se sentir mais seguro quanto à possibilidade de receber o seu crédito, oferece ao devedor taxas de juros menores e prazo maior para pagamento, tanto que, a taxa média de juros de cheque especial no mês de julho de 2011 foi de 187,99% ao ano⁵¹, enquanto a taxa média de juros para contratos de financiamento de veículos, em que é utilizada a alienação fiduciária de coisas móveis, foi de 29,46% ao ano⁵². E mais, quando a operação realizada com garantia de alienação fiduciária de imóveis, a taxa de juros não supera 20% ao ano, conforme tabela a seguir:

⁵⁰ Item 3.7.1.

⁵¹ BRASIL, Banco Central do. Taxas de Operações de Crédito. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?txcredmes>>. Acesso em: 24 de agosto de 2011.

⁵² BRASIL, Banco Central do. Taxas de Operações de Crédito. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?txcredmes>>. Acesso em 24 de agosto de 2011.

Banco do Brasil - Linhas de financiamento - Pessoa Física					
Garantia do financiamento: Alienação Fiduciária do imóvel					
	Limites de Financiamento (Min. R\$ 20mil)	Valor do Imóvel	Sistema de Amortização		Encargos
			Price	SAC	
SFH - Sistema Financeiro Habitacional	Valor de financiamento até R\$ 400 mil	Até R\$ 150 mil	12,89% a.a.	TR+8,90% a.a.	Administ./manut. do contrato: R\$ 25.00 (cobrada mensalmente) + Tarifas Gerais + Seguros Habit.
		Entre R\$ 150 e R\$ 500 mil	12,89% a.a.	TR+10,00% a.	
CH - Carteira Hipotecária	Valor de financiamento até R\$ 1,5 milhão	Até R\$ 150 mil	13,00% a.a.	TR+11% a.a.	Tarifas Gerais + Seguros Habit.
		Entre R\$ 150 e R\$ 500 mil / Entre R\$ 500 mil e R\$ 5 milhões	13,00% a.a.	TR+11% a.a.	
SFI - Sistema Financeiro Imobiliário	Valor de financiamento até R\$ 5 milhões	Imóvel Comercial até R\$ 120 mil	16,56% a.a.	TR+14,98% a.a.	Tarifas Gerais + Seguros Habit.
		Imóvel Comercial de R\$ 120 a R\$ 350 mil	18,43% a.a.	TR+15,84% a.a.	
		Imóvel Comercial acima de R\$ 350 mil	19,83% a.a.	TR+17,92% a.a.	

QUADRO 3 : Linhas de financiamento para Pessoa Física Banco do Brasil.

Fonte: BANCO DO BRASIL. Pesquisa realizada em 16 de agosto de 2011 no site <http://www.bb.com.br/portallbb/page44,116,2117,1,1,1,1.bb?codigoMenu=172&codigoNoticia=8550&codigoRet=184&bread=5>. O quadro foi confeccionado a partir das informações obtidas.

Nos casos apresentados, a propriedade plena do bem imóvel ofertado em garantia era do devedor, que, naquela época, ainda não era devedor fiduciante, e resolveu transferir a propriedade fiduciária ao seu credor. Esse tipo de contratação traz benefícios às duas partes: ao credor, que terá uma garantia real, passível de rápida e certa retomada em caso de inadimplemento do devedor; e ao devedor, pela possibilidade de obter melhores condições para pagamento de seu débito, sem necessidade de deixar de utilizar o bem da forma com que o fazia antes da instituição da propriedade fiduciária.

Aqui, a crítica da redação do art. 30 da Lei nº 9.514/97 pode ser mais veemente, pois o devedor fiduciante, que detinha a propriedade e a posse do imóvel, transfere a primeira, permanecendo inalterada a sua situação em relação à segunda, ao credor fiduciário, durante a avença, retomando a propriedade, uma vez satisfeita a obrigação. Porém, caso não honre com o pactuado e a propriedade seja consolidada em nome do credor, ele poderá ser reintegrado na posse de um imóvel que nunca deteve. O correto seria permitir a imissão de posse.

Sobre a possibilidade de alienar fiduciariamente bens que já pertenciam ao

patrimônio do devedor fiduciante, o STJ, embora analisando a garantia sob a ótica dos bens móveis, publicou, em 08/10/1991, a Súmula nº 28, na qual consolida entendimento no sentido de que “o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

Esses são alguns exemplos de utilização da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, na forma estabelecida na Lei nº 9.514/97, porém, como a lei não limita a sua utilização e as necessidades da sociedade, o poder de criação de novas formas e fórmulas pelos contratantes é inesgotável. Cada vez mais tal instituto será utilizado como garantia nos mais variados tipos de contrato.

3.6 Da resolução contratual

3.6.1 Do Adimplemento Contratual

A parte menos estudada pelos doutrinadores, quando se trata de relações contratuais, é a que se refere ao adimplemento. Isso vale para qualquer tipo de contrato, e, para a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, não é diferente, tanto que a Lei nº 9.514/97 reserva apenas um artigo, com dois parágrafos, para regular o adimplemento e, pelo menos, dois artigos, com oito parágrafos e incisos, para tratar do inadimplemento.

Se as partes chegarem ao termo contratual, significa, *a priori*, que estão satisfeitas com os termos da avença que firmaram anteriormente.

No caso em estudo, o principal efeito do adimplemento completo da obrigação é a extinção da propriedade fiduciária com o seu cancelamento, por meio de averbação (art. 167, II, 2, da Lei nº 6.015/73) junto à matrícula do imóvel no Registro de Imóveis, de forma que o fiduciante passe a figurar como proprietário pleno do mesmo. Os efeitos do cancelamento operam-se *ex tunc*, ou seja, retroagem à data da constituição da propriedade fiduciária.

Viegas de Lima (2009, p. 170/171) entende que melhor seria utilizar um ato de registro junto à matrícula do imóvel, e não a averbação do cancelamento da propriedade fiduciária, pois a “volta ao estado anterior é feita mediante transferência de propriedade” e, assim sendo, o ato a ser praticado pelo Oficial do Registro de Imóveis é o de registro, não de averbação.

Se o imóvel objeto da garantia fiduciária era de propriedade do fiduciante e este havia promovido a transferência da propriedade fiduciária ao credor para assegurar

cumprimento de obrigação, com o pagamento integral, haverá o retorno à situação que vigorava antes da avença.

De outro lado, se a instituição da garantia fiduciária ocorreu em favor de uma instituição financeira, administradora de consórcio ou quem quer que tenha honrado o débito do comprador junto vendedor, não há que se falar em retorno ao *status quo ante*, mas apenas em consolidação da propriedade na pessoa do fiduciante, já que ele não a detinha antes da contratação do mútuo com garantia de alienação fiduciária.

Promovido o pagamento integral, o fiduciário terá⁵³ o prazo de 30 (trinta) dias, contados da liquidação da dívida, para promover a entrega do termo de quitação ao fiduciante, a fim de que este promova a averbação do cancelamento da propriedade fiduciária no Registro de Imóveis.

Se o fiduciário não promover a entrega do termo de quitação no prazo indicado a ele, será aplicada multa no valor correspondente a meio por cento sobre o valor do contrato por mês ou fração que incidir em mora. Diante da previsão legal, a data limite para entrega do documento de quitação será de 30 (trinta) dias após a quitação da dívida, sendo desnecessária a notificação do fiduciário para o fornecimento do termo, sob pena de multa.

De acordo com a dicção legal, a multa de meio por cento do valor do contrato contar-se-á por mês ou sua fração, de forma que, se a mora for, exemplificativamente, de noventa e cinco dias, será exigível a multa no valor correspondente a 2% do valor do contrato, pois o atraso foi de 3 (três) meses inteiros mais 5 (cinco) dias. Caso o fiduciário ou seu sucessor deixe de promover a entrega do termo de quitação, o fiduciante poderá buscar, junto ao Poder Judiciário, a supressão da manifestação positiva daquele, para que a decisão final determine ao Registro de Imóveis que promova o cancelamento da propriedade fiduciária.

O pedido deverá estar instruído, no mínimo, com o contrato que estabeleceu a propriedade fiduciária, os comprovantes de cumprimento de todas as obrigações contratuais e legais pelo fiduciante, a certidão do Registro de Imóveis, comprovando a instituição e subsistência da propriedade fiduciária, e dos documentos de representação.

A busca por esta manifestação judicial poderá ser acompanhada do pedido para pagamento da multa, que deverá seguir os procedimentos ordinários.

O termo final para contagem da multa em questão será a data em que o fiduciário apresentar o termo de quitação ao fiduciante, porém, se não o fizer, e este tenha que buscar

⁵³ Ver item 3.3.3.

judicialmente o reconhecimento da extinção da propriedade fiduciária, entende-se que o termo final será a data do trânsito em julgado da decisão que determinar o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Como a Lei nº 9.514/97 não estabelece limites para o valor da multa, poderia admitir-se, ainda que, apenas para efeitos didáticos, que a manifestação pessoal ou judicial de supressão ocorra após muitos meses da quitação, de forma que, o valor da multa legal poderia, inclusive, suplantiar o valor do contrato, que é base de cálculo da mesma. Nesta situação, entende-se necessário limitar, mesmo tratando-se de multa legal e não convencional, o valor máximo da multa ao valor do contrato.

Ressalta-se que, mesmo se o fiduciário promover o pagamento da multa moratória estabelecida no art. 25, § 1º da Lei nº 9.514/97, não se eximirá da entrega do termo de quitação, já que, o que almeja o fiduciante é o recebimento do referido termo, e, conseqüentemente, a extinção do gravame real, e não a multa. A multa legal é uma forma de constranger o fiduciário a fornecê-lo no prazo legal.

Independentemente do pedido de supressão da manifestação do fiduciário e da cobrança da multa, poderá também o fiduciante buscar o ressarcimento por eventuais danos que a conduta omissiva do fiduciário lhe causar. Estes danos podem ser de ordem material ou extrapatrimonial.

Como exemplo, tem-se a situação em que o fiduciante, após liquidar as obrigações, recebe proposta para venda do imóvel, e, o pretendo comprador, por não ter sido apresentada a certidão do imóvel, constando que o mesmo está livre e desembaraçado de ônus, deixa de realizar o negócio.

Cabe ressaltar o tratamento diferente que impõe a Lei nº 9.514/97 quando a mora é do fiduciário e quando é do fiduciante: se a mora é do fiduciário em entregar o termo de quitação, ele estará sujeito a multa de “meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato”, ao passo que, se a mora for do fiduciante, e este permanecer no imóvel após a sua venda em leilão, a multa, que recebe o nome de taxa de ocupação, será de um por cento ao mês ou fração sobre o valor do imóvel.

Nota-se que a distinção ocorre tanto no percentual, meio por cento ou um por cento, quanto na base de cálculo, sobre o valor do contrato e sobre o valor do imóvel, respectivamente.

Não restam dúvidas que o tratamento é diferenciado, pois também são diferentes as situações da mora, pois se o devedor fiduciante, ao permanecer no imóvel e depois incidir em mora, ver a propriedade consolidada em nome do fiduciário e o bem for vendido em leilão,

aquele estará enriquecendo sem causa, já que utilizará um imóvel com o qual não guarda mais nenhuma relação, ou seja, o novo proprietário não poderá utilizar o imóvel (que adquiriu) da forma que melhor lhe convier, em decorrência de atitude do fiduciante.

Por outro lado, se a mora for do fiduciário em fornecer o termo de quitação, não haverá restrição ao fiduciante em utilizar o imóvel de acordo com sua conveniência. Se a intenção for de promover a venda do imóvel ou a constituição de outra garantia, é certo que isso inibirá os interessados, pois a propriedade fiduciária continuará a figurar no Registro de Imóveis, razão pela qual seria cabível indenização pela mora do fiduciário.

Para se chegar à base de cálculo da multa, quando se tratar de instituição de garantia fiduciária de coisa imóvel, em mútuo financeiro que não seja utilizado para aquisição do imóvel, não haverá grandes ilações, já que o valor do contrato corresponderá ao montante da dívida.

Todavia, quando a operação envolver venda e compra de imóvel, o montante considerado será o valor da avença, descontada a quantia que o fiduciante pagou diretamente ao vendedor do imóvel, havendo ou não intervenção de instituição financeira, administradora de consórcio ou de outra natureza.

Caso o termo de quitação, ainda que entregue ao fiduciante no prazo de 30 (trinta) dias da quitação da dívida, não contenha todos os elementos necessários para que se promova o cancelamento da propriedade fiduciária, por exemplo, ausência da demonstração de capacidade de representação, falta de reconhecimento de assinatura por verdadeira por quem o firmou, entende-se que a multa estabelecida no § 1º do art. 25 será devida, até o atendimento integral pelo fiduciário.

Assim, efetivado o pagamento, considera-se adquirida a propriedade pelo fiduciante pelo simples efeito da quitação da dívida, bastando que o credor lhe forneça o respectivo termo de quitação, com o qual o fiduciante obterá, nas repartições competentes, o cancelamento da propriedade fiduciária e a conseqüente [*sic*] reversão da propriedade do bem ao seu patrimônio, livre de ônus (CHALHUB, 2009, p. 172).

Como a propriedade do fiduciário tem caráter resolúvel, é desnecessária a manifestação posterior à quitação para que o antigo devedor, que já detinha a posse direta do bem, passe a exercer também a propriedade plena do mesmo; o ato de averbar o cancelamento é apenas para dar publicidade de uma situação jurídica que já ocorreu, assim como o registro de uma escritura de compra e venda visa dar conhecimento a todos de que o imóvel não mais pertence àquele cujo nome constava no Registro de Imóveis.

3.6.2 Da mora no pagamento das parcelas

Como visto anteriormente, enquanto o devedor fiduciante estiver cumprindo regularmente o contrato, o fiduciário deverá observar tudo o que foi contratado, deixando que aquele usufrua do bem objeto da garantia da forma que lhe convier, mas, se o fiduciante deixar de cumprir o que foi ajustado, incorrerá em mora.

O *caput* do art. 26 da Lei nº 9.514/97 refere-se somente à mora decorrente do não pagamento de prestações, tanto que o seu § 1º estipula que o devedor deverá ser constituído por meio de notificação, para promover pagamento da “prestação vencida” e outras despesas lá mencionadas, sendo que todos os itens dizem respeito ao pagamento de valores, nunca a outras situações que ensejariam a mora do devedor fiduciante, como, por exemplo, a não conservação do bem.

Seguindo a letra da lei, tem-se que quando a mora decorrer do não pagamento de valor é que se poderá realizar o procedimento previsto no art. 26 e seguintes; para os demais casos de mora no cumprimento das obrigações, desde que o fiduciante continue a promover o pagamento dos valores por ele devidos, os procedimentos para rescisão e retomada do imóvel deverão seguir a regra geral que dispõe o CPC e CC.

A mora decorre do simples descumprimento pontual no pagamento do que foi contratado. Dessa forma, para que o credor fiduciário possa realizar o procedimento de consolidação da propriedade fiduciária em seu nome, deverá demonstrar que cientificou o devedor fiduciante da mesma, de acordo com indicado no art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/97.

A mora **debitoris** indica a existência de um estado patológico latente de alguns meses de atraso no pagamento (se for mensal) das prestações, quando ultrapassada a “quarentena” (prazo contratual de tolerância legal prefixados como de carência no §2º do art. 26), já que impele os sujeitos ao ponto crítico indesejado; não remediado a tempo e modo de alcançar o convalescimento de que fala o §5º, caracteriza-se o inadimplemento do devedor **ope legis**, na via cartorária, o que leva a falência total da relação jurídica contratual (§7º) (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, 2009, p. 161-162).

Como o que está em estudo é a garantia fiduciária sobre imóveis, em que os valores necessários para sua aquisição são elevados e os prazos para recomposição do montante emprestado são longos, podendo chegar até 30 (trinta) anos, é de se esperar que, ao longo da relação contratual, o devedor fiduciante passe por dificuldades ou mesmo deixe de promover, em algum momento, o pagamento atempado das prestações.

Por esse motivo, a lei estabelece, como requisito do contrato, a fixação do prazo de carência entre o vencimento da parcela ou das parcelas e a expedição da carta de intimação pelo credor fiduciário. Durante este prazo, não poderá ser tomada nenhuma medida no sentido de constituir o devedor em mora.

Como a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis poderá ser utilizada em diferentes tipos de contratos, a lei não estabeleceu qual é o prazo mínimo para a carência, devendo as partes livremente pactuar em tal sentido. Entretanto, se por um descuido de ambos ou pela má-fé de algum, não constar o prazo de carência a ser observado, aplicar-se-á o disposto art. 397 do CC, ou seja, a mora do devedor fiduciante terá início no dia seguinte ao não pagamento da prestação e, como em outros casos, deverá ser cientificado de seu atraso.

Se o devedor se sentir prejudicado, em razão de não ser estabelecido prazo mínimo de carência, ou for compelido a assinar contrato que estabeleça prazo exíguo de carência, poderá buscar judicialmente a fixação da mesma. A prática contratual tem estabelecido o prazo mínimo de 3 (três) parcelas mensais, quando os pagamentos são realizados nesta periodicidade.

3.6.2.1 Da constituição do devedor em mora

Embora a mora decorra do simples vencimento da obrigação vencida e não paga, será necessário demonstrar, documentalmente, que o credor fiduciário levou ao conhecimento do devedor fiduciante a sua condição, para que, uma vez configurado o inadimplemento contratual, os procedimentos de retomada do imóvel sejam levados adiante.

Dessa forma, deverá o credor fiduciário solicitar ao Registro de Imóveis, onde estiver matriculado o imóvel objeto da garantia, que realize a intimação do devedor fiduciante, apresentando, para tanto, uma notificação, contendo todos os elementos necessários à intimação, como endereços, nomes dos devedores fiduciantes, indicação do contrato, além do montante discriminado do débito, considerando como débito, de acordo com o § 1º do art. 26 da Lei nº 9.514/97, o valor da

...prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

O Registro de Imóveis encaminhará cópia desta notificação ao fiduciante. A entrega poderá ser realizada pelo próprio Registro de Imóveis, por meio de seus representantes, ou

então poder valer-se do Cartório de Títulos e Documentos e também dos Correios. Quando for utilizado este último, a notificação deverá ser acompanhada do aviso de recebimento.

A utilização do Registro de Títulos e Documentos para concretização da intimação ocorre, geralmente, quando o endereço onde o devedor fiduciante tenha que ser cientificado é diverso do local, comarca, onde se situa o imóvel, mas, nada impede que o faça também na comarca da situação do imóvel.

Por outro lado, a realização de notificação por meio dos Correios é muito criticada pela doutrina, já que, pela forma que é efetivada, não é possível aferir o conteúdo do que foi entregue ao fiduciante (LIMA, 2010, p. 175), de forma que, poderão os credores fiduciários, imbuídos de má-fé, utilizar de algum artifício, deixando de cientificar o devedor fiduciante do que efetivamente está ocorrendo.

Outra situação, pela qual a intimação por meio dos Correios deve ser evitada, é a dificuldade em identificar quem efetivamente recebeu a correspondência, especialmente quando se trata de condomínios edifícios residenciais ou comerciais, onde todas as correspondências são recebidas por funcionários do condomínio e depois repassadas aos condôminos, muitas vezes, sem qualquer critério ou controle.

A própria Lei nº 9.514/97, art. 26, § 3º, determina que a intimação seja pessoal ao fiduciante. Sendo assim, caso a intimação seja realizada pelo correio e não conste no aviso de recebimento a sua identificação, ela será considerada inválida para efeitos de constituição do devedor em mora. No caso de recebimento de intimação enviada pelo correio e recebida pelo representante legal ou procurador do fiduciante regularmente constituído, para que seja considerada válida, o aviso de recebimento deverá estar acompanhado dos documentos que demonstram uma dessas condições.

Por estas dificuldades, Balbino Filho (1999, p. 148), que, por ser Registrador de Propriedade Imóvel, detém além dos conhecimentos teóricos a prática registral, recomenda que “a notificação deverá ser feita pessoalmente ao notificando, não podendo ser entregue a qualquer pessoa que atender à porta”. O entendimento dos Tribunais é no mesmo sentido⁵⁴.

Não é possível, seja quem for o portador da intimação, Registro de Imóveis, Registro de Títulos e Documentos ou Correios, socorrer-se das regras dos arts. 226 e seguintes do CPC, por hora certa, já que aquela possibilidade somente será cabível quando se tratar de citação decorrente de um processo judicial, enquanto na situação em debate o que se busca é a

⁵⁴ GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível nº 131980-4/188. Relator: Des. Vitor Barboza Lenza. Diário da Justiça eletrônico em 15 de junho 2010, p. 598.

intimação de um procedimento extrajudicial, realizado em decorrência do que estabelece a Lei nº 9.514/97.

Por se tratarem de contratos longos, é comum que haja, ao longo da relação, mudança de endereços das partes. Por esse motivo, dentre outros, é possível que a realização de intimação não seja efetivada, por encontrar-se o devedor fiduciante em local incerto e não sabido. Nestas situações, o oficial do Registro de Imóveis certificará, por meio próprio, que não foi possível realizar a intimação do devedor fiduciante e providenciará a publicação de edital.

O credor fiduciário deverá tomar todas as medidas no sentido de intimar pessoalmente o devedor, pois somente com tal modalidade é que terá certeza inequívoca de que este tomou conhecimento de sua constituição em mora, de forma que, é possível, por meio de ação própria, que o devedor venha questionar os procedimentos quanto à notificação. Segundo o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás,

[...]A certidão expedida pelo cartório relatando que a intimação do devedor fez-se por edital, porque este se encontra em local incerto e não sabido, não autoriza, por si só, a presunção de que houve empenho anterior para a intimação pessoal do devedor e cuja consumação, para fins de mora, não foi possível de ser alcançada (GOIÁS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 119135-7/188, Rel. Des. Gilberto Marques Filho, 2A Camara Cível, julgado em 25/11/2008, DJe 263 de 27/01/2009).

Se houver no procedimento extrajudicial elementos pelos quais se possa constatar a ciência inequívoca do devedor fiduciante, mesmo sem a notificação pessoal certificada pelo Oficial do Registro de Imóveis, poderá a mesma ser considerada válida⁵⁵.

O edital deverá ser publicado em 3 (três) dias, em um dos jornais de maior circulação diária na comarca da situação do imóvel, ou em local próximo quando não houver jornais ou, havendo, não tenham circulação diária. Como não foi fixado pela Lei nº 9.514/97 um prazo mínimo entre as três publicações necessárias, entende-se que elas podem ser realizadas em dias consecutivos ou com intervalo, de acordo a conveniência do credor, podendo, inclusive, ocorrer em dias em que o custo com a publicação seja menor.

Embora não haja menção expressa no texto legal, entende-se que o edital deverá conter os mesmos elementos exigidos para a realização de sua intimação por meio do Registro

⁵⁵ GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível 113215-2/188, Rel. Des. Alfredo Abinagem. Diário da Justiça eletrônico em 08 de junho de 2009, p. 350.

de Imóveis⁵⁶, sob pena de não explicitar ao fiduciante a situação de mora em que se encontra.

Também não há determinação, e até porque seria preciosismo legal, sobre qual o caderno do jornal que os editais devem ser publicados, ficando também, neste ponto, sujeito à conveniência do credor.

Obviamente que, ao publicar os editais, não só o fiduciante tomará conhecimento de sua condição, mas todos aqueles que se detiverem na leitura do periódico em que foi publicado. Isso poderá fazer com que o devedor seja lembrado por alguém da sua mora, ou então que a publicação desperte o interesse de aquisição futura do imóvel em leilão público em possíveis compradores.

É comum que as partes estabeleçam que, em caso de alteração de endereços indicados no contrato, aquele que se mudou comunique a outra de tal modificação, porém, o usual é que as partes não cumpram esta cláusula, trazendo complicações para ambas e flagelando o princípio da boa-fé contratual.

Se o devedor fiduciante deixa de comunicar uma alteração de endereço, poderá, em tese, se beneficiar, pois o credor terá maiores dificuldades em localizá-lo para promover a intimação da sua mora. Todavia, tal benefício pode se alterar, caso deixe de fazê-lo e acabe por ser surpreendido, quando a propriedade já estiver consolidada em nome do credor fiduciário, além de ter que suportar, tanto no caso de purgação de mora quanto na situação que o imóvel for vendido, os custos com a publicação dos editais, que são muito superiores ao de uma notificação cartorária.

A desídia do credor fiduciário poderá acarretar ao devedor fiduciante a incerteza quanto ao local do pagamento, quando aquele não fornecer os meios hábeis, como boleto bancário, para que se promova o pagamento. Se o credor deixar de informar qualquer alteração no endereço e tal mudança redunde em prejuízos ao fiduciário, aquele deverá ser responsabilizado.

Pelo que se vê, seja por meio de intimação via cartório ou por publicação de editais, o devedor fiduciante deverá ser cientificado, após observado o prazo de carência, de que está em mora e que terá 15 (quinze) dias para promover a sua purgação junto ao Registro de Imóveis, sob pena de restar configurada o seu inadimplemento contratual.

⁵⁶ Art. 26,§ 1º, parte final: “a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação”.

3.6.2.2 Da purgação da mora

Durante o período de carência, ou enquanto não tenha recebido a intimação da sua mora, o devedor fiduciante poderá procurar o fiduciário e promover o pagamento das parcelas que estão em atraso, acrescido dos encargos moratórios pactuados. Poderá o credor, neste momento, exigir do fiduciante o pagamento das outras despesas decorrentes do contrato, como impostos e taxas condominiais, sob pena do devedor fiduciante permanecer em mora.

Se o fiduciante for intimado de sua mora, após o período de carência, ainda assim, poderá promover a purgação da mora, mas não mais perante o fiduciário, e sim, junto ao Registro de Imóveis.

Além das despesas indicadas anteriormente, o Oficial de Registro de Imóveis exigirá do devedor o pagamento de despesas de cobrança e das necessárias para realização da intimação. Após a purgação do débito junto ao Registro de Imóveis, o Oficial repassará ao credor fiduciário, no prazo de 3 (três) dias, deduzindo aquilo que foi pago a título de despesas de cobrança e de intimação, a importância que lhe é devida.

Uma vez promovida a purgação da mora junto ao Registro de Imóveis, o devedor fiduciante desobriga-se em relação àquelas prestações e despesas que pagou. Desse modo, não poderá o credor, posteriormente, pretender cobrar nenhum outro valor relativo a elas. Da mesma forma, não terá o devedor fiduciante qualquer responsabilidade no caso do Registro de Imóveis deixar de promover a entrega dos valores recebidos ao credor fiduciário dentro do prazo legal, situação considerada apenas para fins didáticos.

O prazo para realizar a purgação da mora junto ao Registro de Imóveis é de 15 (quinze) dias após o devedor fiduciante ter sido constituído em mora, ou seja, ter recebido a intimação pessoalmente ou ter sido publicado o último edital de intimação, independentemente de quantas prestações tenha deixado de pagar.

O devedor fiduciário poderá, seja por previsão contratual ou por liberalidade, receber diretamente do devedor fiduciante, mesmo após ter sido formalizada a sua mora por meio da intimação. Neste caso, caberá ao credor fiduciário informar ao Registro de Imóveis sobre o pagamento realizado e repassar a este as despesas relativas à cobrança e intimação, uma vez que, “não é raro no tráfico financeiro, mas até usual, as instituições financeiras ajustarem transação, fazerem acordo com seus clientes devedores inadimplentes, visando restabelecer ou modificar vínculo já rompido” (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, 2009, p. 166).

Independentemente do momento que ocorra a purgação da mora, antes ou depois da

notificação, ou quem receba os valores em atraso, credor fiduciário ou Registro de Imóveis, o contrato terá seu prosseguimento normal, como se nunca o fiduciante tivesse incorrido em mora.

Não há limites legais e nem as partes poderão estabelecer um número máximo de vezes em que a purgação da mora será possível, até porque, não haverá motivos para tanto, pois sempre que o fiduciante incorrer em mora deverá purgá-la, promovendo o pagamento de todos os encargos moratórios que deu causa e das despesas dela decorrentes. Não haverá, portanto, prejuízo ao credor fiduciário pela demora no recebimento, e o objeto do contrato restará cumprido.

Ainda sobre a purgação de mora, insta salientar que a Lei nº 9.514/97 permitiu que a constituição do devedor em mora seja realizada no Registro de Títulos e Documentos ou pelos Correios, ao passo que a purgação da mora somente poderá ser realizada no Registro de Imóveis, já que este é o único local onde poderá se constatar a atual situação do imóvel, ou seja, se já houve ou não pagamento do imposto de transmissão pelo credor fiduciário, com vista a consolidar a propriedade em seu nome, nos termos do § 7º do art. 26 da Lei nº 9.514/97.

Sendo assim, purgada a mora, o contrato volta a ter seu curso natural; deixando o devedor de regularizar o pagamento das prestações em atrasos, a propriedade será consolidada em nome do credor fiduciário, de acordo com os procedimentos que se verá a seguir.

3.6.3 Do Inadimplemento contratual e consolidação da propriedade

Se o devedor fiduciante deixar de promover o pagamento dos valores em atraso, restará configurado e documentado o seu inadimplemento contratual, ou seja, pela mora, chamamento para sua purgação e inércia em relação à mesma, tem-se que ele não terá mais condições de cumprir o que havia ajustado ou, se o tem, não mais deseja.

Neste ponto da relação contratual é que aflora a qualidade das garantias contratuais previstas e a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis se apresenta como uma opção, tanto em relação ao credor fiduciário, que poderá, cumpridas as exigências legais, recuperar rapidamente a garantia real vinculada ao contrato, quanto ao devedor fiduciante, pois este terá a certeza de que não haverá débitos remanescentes após a consolidação da propriedade plena em favor daquele.

Dessa forma, depois que o oficial do Registro de Imóveis certificar que o devedor

fiduciante, devidamente intimado, por meio de notificação pessoal ou por edital, deixou de promover a purgação da mora em que incorria, promoverá a consolidação da propriedade, que até aquele momento tinha caráter resolúvel, em favor do credor fiduciário.

Porém, para que a consolidação seja efetivada, deverá o credor demonstrar que recolheu aos cofres do município que está situado o imóvel ou ao Distrito Federal, o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*, conforme competência tributária atribuída pela CF/88, art. 156, inciso II, sem o qual o Registro de Imóveis não poderá realizar o ato de averbação da consolidação da propriedade. Quando a garantia fiduciária for instituída em relação a bens enfitêuticos, será necessária a comprovação do pagamento do laudêmio em favor do senhorio que instituiu aquele regime.

A necessidade de exigir a comprovação do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* junto ao Registro de Imóveis decorre de uma obrigação legal, imposta aos oficiais daqueles cartórios⁵⁷, para qualquer que seja a modalidade de transferência de propriedade, seja onerosa, *causa mortis* ou decorrente de doação.

Cumpre destacar que o contrato que institui a alienação fiduciária em garantia sobre coisa imóvel deverá ser registrado junto à matrícula do imóvel (art. 167, I, 35, Lei nº 6.015/73), não sendo exigível o recolhimento de impostos de transmissão *inter vivos*, em razão de se tratar de direito real de garantia, conforme exceção contida na parte final do citado art. 156, inc. II, da CF/88.

Por essa razão, no momento em que é instituída a propriedade fiduciária para fins de garantia, não há pagamento de imposto *inter vivos* e também não haverá se o devedor fiduciante cumprir integralmente o contrato, quando, então, se extinguirá a propriedade fiduciária e ele será o possuidor e proprietário do bem imóvel.

No entanto, se o devedor fiduciante utilizou-se de crédito concedido pelo credor fiduciário para comprar o imóvel de terceiro, terá ele que promover o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*, já que, antes de se instituir a garantia fiduciária, o imóvel objeto da garantia saiu do patrimônio de terceiro para o do devedor fiduciante que, por força da instituição da alienação fiduciária em garantia, transferiu a propriedade, em caráter resolúvel, ao credor.

De outro lado, como a averbação da consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor fiduciário, havendo mora do devedor fiduciante, representa a efetiva e

⁵⁷ LRP, Art. 289 No exercício de suas funções, cumpre aos oficiais de registro fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício.

definitiva transmissão do patrimônio do primeiro para o segundo, deverá o imposto de transmissão *inter vivos* ser recolhido por aquele que recebe a propriedade, credor fiduciário.

A base de cálculo para apuração do imposto em questão será o valor venal do imóvel e não o valor do débito ou o valor do imóvel estabelecido pelas partes para fins contratuais. A apuração do valor venal é realizada pelo município onde se localizar o imóvel ou pelo Distrito Federal, que realizará tal apuração sem prazo definido, podendo demandar alguns meses.

Além da apuração do valor do imposto depender da manifestação de ente público que não tem um prazo para tanto, também não estabeleceu prazo para que o credor fiduciário promova o recolhimento do imposto depois que tiver conhecimento do seu montante.

É certo que o §7º d art. 26 não fixa prazo pra essa última providência de iniciativa do credor, e, portanto, não penaliza o **non facere**; nem, em princípio, a inação do credor é causa de decadência, desconstituição ou revogação do inadimplemento caracterizado do devedor, salvo se houver recebimento normal do fluxo das prestações vencidas e vincendas, casuística a ser avaliada (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, 2010, p. 166).

Neste sentido, é possível que entre a data que expirar o prazo para purgação de mora e a efetiva consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, decorram alguns meses, no qual o fiduciante poderá utilizar o imóvel sem efetuar o pagamento das prestações devidas.

Contudo, como a cobrança de taxa de ocupação prevista no art. 37-A⁵⁸ é permitida somente a partir do momento em que o bem objeto da garantia for vendido em leilão, bem como em razão do interesse do credor em rapidamente recuperar o crédito concedido, o usual é que o mesmo promova o recolhimento do imposto *inter vivos*, tão logo seja possível, e tenha a propriedade consolidada em seu nome.

Porém, esta nova propriedade, recém adquirida pelo credor fiduciário, não é propriedade plena. Isto porque o poder do credor não é ilimitado como em geral ocorre nesta forma de propriedade, já que tem ele a obrigação de, no prazo de trinta dias contados da data do registro da consolidação, de aliená-lo para satisfazer seu crédito (LIMA, 2010, p. 179).

Em razão da imposição legal, o credor que detém a propriedade, não mais em caráter resolúvel, deverá tomar as providências para promover a venda do imóvel em leilão, conforme se verá no item seguinte.

⁵⁸ Ver item 3.9.

3.7 Da venda do imóvel em leilão

Configurado o inadimplemento contratual e promovido o recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos* e do laudêmio, em sendo bens enfitêuticos objeto da garantia, a propriedade do imóvel, que servia como garantia fiduciária, será consolidada em nome do credor fiduciário. Mesmo com a consolidação da propriedade, o credor, e agora proprietário do imóvel, será obrigado a promover leilão público no intuito de vendê-lo, ou seja, a propriedade não é plena, pois tem a obrigação de alienar o bem e por preço que será fixado, em razão do contrato firmado anteriormente.

A forma da realização dos leilões está prevista no art. 27 da Lei nº 9.514/97, sendo possível extrair daí que não há obrigatoriedade de que os mesmos sejam realizados por meio de procedimento judicial. Aliás, se todo o procedimento de constituição em mora e consolidação da propriedade realizado até aquele momento foi efetivado de forma extrajudicial, seria um contra senso exigir, neste momento contratual, a intervenção do Judiciário. Caso as partes optem pelo procedimento judicial para realização dos leilões, os procedimentos a serem adotados serão os previstos no CPC.

Pela letra da lei, para a realização dos leilões, não é exigido a cientificação do devedor fiduciante, embora haja posicionamentos jurisprudenciais divergentes⁵⁹, a publicação de editais ou outras formas de divulgação dos mesmos. Porém, é interesse, tanto por parte do credor quanto do devedor, fazer com que chegue ao conhecimento do maior número possível de pessoas que determinado bem será vendido, pois quanto maior o número de interessados, maior será, possivelmente, o valor da venda.

Na ausência de regras específicas sobre o procedimento dos leilões públicos,

⁵⁹ GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível nº 119526-7/188. Ementa: [...] V - LEI Nº 9.514/97 não prevê intimação do devedor fiduciário para o leilão extrajudicial. Se a Lei nº 9.514/97 estabelece que, não purgada a mora, consolidar-se-á a propriedade em favor do credor fiduciário e, justamente por esta razão deixa de impor a intimação do devedor fiduciante para o leilão, incabível aplicar-se o código de processo civil ou qualquer outra lei especial para declarar a nulidade do leilão por ausência de intimação. Apelação Cível 119526-7/188, Relator: Des. João Waldeck Felix De Sousa. Diário da Justiça eletrônico em 13 de março de 2009, p.294.

DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 347.426. Ementa: Processual Civil – Agravo De Instrumento – Imóvel – Leilão extrajudicial – Ausência de intimação pessoal do devedor – Suspensão da praça pública. Mantém-se a decisão que suspendeu o leilão extrajudicial do imóvel objeto de contrato de financiamento, eis que a intimação do devedor dando-lhe ciência do dia e hora da realização da venda do bem deve ser feita pessoalmente. A ausência do ato é justificada quando frustradas as tentativas de encontrá-lo no endereço fornecido, caso em que a notificação é suprida pela publicação do edital de praça, situação diversa dos autos. Relator: Sérgio Bittencourt. Distrito Federal: Diário da Justiça em 30 de março de 2009, p. 112.

Chalhub (2009, p. 261) sugere que as partes devem estabelecer as condições de sua realização no contrato, observando o que dispõe o “Código de Processo Civil, na Lei nº 4.591/64 e no Decreto-Lei nº 70/66”.

Como as normas citadas pelo ilustre autor não indicam expressamente como se dará publicidade aos leilões públicos, sugere-se a aplicação subsidiária do parágrafo único, art. 6º da Lei nº 5.741 de 1 de dezembro de 1971, que dispõe que “o edital será afixado à porta do edifício onde tiver sede o juízo e publicado três vezes, por extrato, em um dos jornais locais de maior circulação, onde houver”.

Se para a venda de um imóvel por meio de ação judicial própria se estabelece a necessidade de três publicações em jornais de grande circulação, com mais razão, quando se tratar de leilão público, decorrente de procedimento extrajudicial de consolidação de propriedade, deverá observar-se o número mínimo de publicações.

Além do que, ao se divulgar por três vezes a realização de leilão público, também estaria seguindo o mesmo critério utilizado para a constituição do devedor fiduciante em mora (§ 4º, art. 26, Lei nº 9.514/97), quando o mesmo não foi localizado. Esta é, aliás, a posição de Terra (1998, p. 46).

É comum, quando o credor é uma instituição financeira, que ele se utilize de leiloeiros públicos que atendem todo o território nacional e fazem publicar em seus sítios mantidos na rede mundial de computadores, em jornais ou em publicações específicas, todos os leilões que serão realizados. A figura a seguir demonstra como ocorrem tais publicações.

NEGÓCIOS GOIÂNIA, quinta-feira, 18 de agosto de 2011 **O POPULAR**

Bradesco **EDITAL DE LEILÃO**

Felipe Guimarães Camargo, Leiloeiro Oficial inscrito na Junta Comercial do Estado de Goiás - JUCEG sob o nº 039, faz saber, através do presente Edital, que devidamente autorizado pelo Banco Bradesco S.A., promoverá a venda em Leilão (1º ou 2º) dos imóveis abaixo descritos, nas datas, hora e local infraescritos, na forma da Lei 8.514/97.

LOCAL DA REALIZAÇÃO DOS LEILÕES:
Pavilhão Master Hall, situado na Rua 23 nº 40 - Bairro Santo Antônio (BR-153 Trav. Sul, entrada para Parque das Laranjeiras), em Goiânia-GO.

IMÓVEL 1: Goiânia-GO, Setor Norte-Ferrovário, Rua 05, esquina da Rua 09, lote 4 da quadra T. Sobrado. Áreas totais aprox.: terr. 347m² e constr. estimada "in loco" 550m² (lançada no IPTU 356m²). Matr. 4.450 - 2º RI local. Obs.: Construção pendente de averbação no RI. Regularização e encargos perante os órgãos competentes da averbação da construção e divergência da área construída que vier a ser apontada "in loco", com a lançada no IPTU, com o comprador. Venda em caráter "Ad-Corpus" e no estado em que se encontra. Ocupado.

✓ 1º LEILÃO: 25/08/2011, às 11h.
Valor mínimo para venda: R\$ 502.575,00 (quinhentos e dois mil, quinhentos e setenta e cinco reais).

✓ 2º LEILÃO: 08/09/2011, às 11h (caso não seja arrematado no 1º leilão).
Valor mínimo para venda: R\$ 351.532,00 (trezentos e sessenta e um mil, quinhentos e trinta e dois reais).

IMÓVEL 2: Goiânia-GO, Setor Norte-Ferrovário, Rua 308, lote 10 da quadra 164-B. Prédio em construção (lançado). Áreas totais aprox.: terr. 290m² e constr. estimada "in loco" 250m² (lançada no IPTU 126m²). Matr. 2.458 - 2º RI local. Obs.: Construção pendente de averbação no RI. Regularização e encargos perante os órgãos competentes da averbação da construção e divergência da área construída que vier a ser apontada "in loco", com a lançada no IPTU, com o comprador. Venda em caráter "Ad-Corpus" e no estado em que se encontra. Ocupado.

✓ 1º LEILÃO: 25/08/2011, às 11h.
Valor mínimo para venda: R\$ 269.500,00 (duzentos e cinquenta e nove mil e sessenta reais).

✓ 2º LEILÃO: 09/09/2011, às 11h (caso não seja arrematado no 1º leilão).
Valor mínimo para venda: R\$ 251.720,00 (duzentos e cinquenta e um mil, setecentos e vinte reais).

Condições de Pagamento: à vista, mais comissão de 5% ao leiloeiro.

Os interessados devem consultar o edital completo disponível no site: www.shopimoveis.com.br/Imoveis
Para mais informações - tel/fax: (62) 3245-9000 - Felipe Guimarães Camargo - Leiloeiro Oficial - JUCEG 039

LEILÃO PÚBLICO DE IMÓVEIS EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA DE CONDENAÇÃO EM PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS, RESULTANTE DE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, PROPOSTA POR TÁRSIO RICARDO DE OLIVEIRA FREITAS - JUIZ DE DIREITO. E, para que de futuro ninguém possa alegar ignorância, expediu-se o presente, que será publicado, tendo sido afixado em sua sede no Poder do Fórum local, nos termos da lei. Dando-lhe ciência de que não sendo contestado PRESUMIR-SE-ÃO ACERTOS PELO JUIZ, como verificados os fatos articulados pelo autor. APARECIDA DE GOIÂNIA, 5 de agosto de 2011. Társo Ricardo de Oliveira Freitas, Juiz de Direito. (Reg. nº 17.814 em RES. DEVIDA. MARIA LUIZA. DEP. 145652) TEL: 3238-5100 - FAX: 3238-5100. 4A VARA CÍVEL - 4 ANDAR - SL. 410. EX. INT. E: 80765. EDITAL DE CITAÇÃO PROCESSO 2007P178 PROTOCOLO NÚMERO: 20080485718 533007. AUTOS NÚMERO: 1755 MATERIAL DESAPROPRIAÇÃO. REQUERENTE: SANEAMENTO DE GOIÁS S/A SANEAGO. CÍVIL Nº: 161823000100. AID (RE DTE): (2085 GO) PAULO MOREIRA GOMES, REU: ANA PAULA SANTOS DE VIEIRA, VALDIR DA CAUSA: R\$ 1.840,00. JUÍZ(A) TÁRSIO RICARDO DE OLIVEIRA FREITAS (JUIZ 1). Prazo do Edital: 20 DIAS. Prazo para contestar: 15 DIAS. O(A) Demandante, JUIZ DE DIREITO TÁRSIO RICARDO DE OLIVEIRA FREITAS (JUIZ 1) MAN. COMARCA DE APARECIDA DE GOIÂNIA, ESTADO DE GOIÁS. Faz saber, que por este, cita o(s) REQUERIDO(s) acima qualificados que o(s) se encontra(m) em lugar incerto e não conhecido para todos os fins, até final sentença, de onde serão expedidas as citações pessoais e as de direito TÁRSIO RICARDO DE OLIVEIRA FREITAS (JUIZ 1) MAN. COMARCA DE APARECIDA DE GOIÂNIA, ESTADO DE GOIÁS. JUÍZ DEVIDAMENTE REPRESENTADO AFIM DE SE DEFENDER. Despacho: DEFIRO O PEDIDO DE CITAÇÃO POR EDITAL, COM PRAZO DE 20 VINTE DIAS, CUJA PUBLICAÇÃO DEVERÁ SER PROVIDENCIADA PELA PARTE AUTUADA EM 05 DIAS, NA FORMA PREVISTA PELO ARTÍCULO 232 DO CPC. APARECIDA DE GOIÂNIA, 18 DE JULHO DE 2011. TÁRSIO RICARDO DE OLIVEIRA FREITAS - JUIZ DE DIREITO. E, para que de futuro ninguém possa alegar ignorância expediu-se o presente, que será publicado, tendo sido afixado em sua sede no Poder do Fórum local, nos termos da lei. Dando-lhe ciência de que não sendo contestado PRESUMIR-SE-ÃO ACERTOS PELO JUIZ, como verificados os fatos articulados pelo autor. APARECIDA DE GOIÂNIA, 5 de agosto de 2011. Társo Ricardo de Oliveira Freitas, Juiz de Direito. (Reg. nº 17.814 em RES. DEVIDA. MARIA LUIZA. DEP. 145652)

FIGURA 1 – Edital de leilão.

Fonte: O POPULAR. Classificados – Goiânia. Em 18 de agosto de 2011.

O presente edital foi publicado com o mesmo conteúdo nas edições do jornal indicado, nos dias 19 e 20 de agosto de 2011. Assim, seguiu-se a regra das três publicações sequenciais em jornal de grande circulação diária.

A lei estabelece que o primeiro leilão deverá ser realizado no prazo de 30 (trinta) dias depois de consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário. Da forma como foi redigida a norma, transparece a idéia de agilidade na realização do leilão, porém, para que ocorra a consolidação da propriedade, o credor deverá pagar o imposto de transmissão, e não há prazo legal para tanto, de forma que, a data do início da contagem do prazo para efetivação do leilão fica condicionada à atuação do credor.

É evidente que o credor que, deixou de receber as parcelas da forma que havia contratado, desembolsou valores para constituir o devedor em mora e também para o recolhimento do tributo, tem todo o interesse em vender o bem o mais rápido possível.

De toda forma, não há imposição de qualquer penalidade ao credor que deixar de observar o prazo para realização dos leilões, de forma que, caso haja desídia do mesmo, poderá o devedor promover ação cominatória, com o objetivo de determinar a realização dos leilões, sob pena de multa diária, conforme ensinamentos de Lima (2010, p. 183).

No primeiro leilão, o valor do lance mínimo para que a venda se concretize será correspondente ao valor do imóvel estabelecido pelas partes no momento da contratação.

A indicação do valor do imóvel, e das formas com que o mesmo será corrigido, é requisito obrigatório do contrato (art. 24, inc. VI)⁶⁰. Para tanto, deve-se utilizar formas concretas de atualização do imóvel, a fim de não causar enriquecimento sem causa do credor fiduciário e prejuízos ao devedor fiduciante, ou seja, “em qualquer hipótese, o valor para o primeiro leilão deve ser o mais próximo possível do preço de mercado do imóvel, para que nenhum dos contratantes seja prejudicado” (CHALHUB, 2009, p. 263).

Por sua vez, se os critérios de atualização do valor do imóvel estabelecidos no contrato não exprimirem o seu valor atual, poderão as partes pactuarem no sentido de corrigirem a distorção ou, em caso de recusa de uma delas, buscar amparo judicial com este fim.

Nos empréstimos com garantia, o usual é que o credor, ao concedê-lo, faça-o num montante inferior ao valor da garantia que está recebendo, pois havendo inadimplemento por

⁶⁰ Ver item 3.2.

parte do devedor, o valor de sua dívida será acrescida dos encargos moratórios e serão consideradas todas as despesas necessárias para a sua constituição em mora, bem como publicações de editais e outras despesas decorrentes do uso do imóvel.

Assim, se a venda for concretizada em primeiro leilão, observando como lance mínimo o valor atualizado do imóvel, o devedor terá direito a receber o montante resultante entre o valor de sua dívida, acrescida das despesas, e o valor obtido com a venda pública do imóvel, no prazo de 5 (cinco) dias após a realização do leilão.

Se a venda for realizada em primeiro leilão, em valor igual ou superior ao valor do imóvel, de acordo com os parâmetros contratuais estabelecidos, mas o montante obtido com a venda do mesmo não alcançar o montante da dívida e despesas atribuídas ao devedor, conforme § 3º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, estará o devedor fiduciante desobrigado de todo e qualquer saldo devedor do contrato.

Todavia, se a venda não ocorrer em primeiro leilão, deverá o credor promover o segundo leilão no prazo de até 15 (quinze) dias após a data da realização do primeiro. Em segundo leilão, o valor do lance mínimo será “o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos e das contribuições condominiais” (§ 2º, art. 27, Lei nº 9.514/97).

O que se pretende com este segundo leilão é assegurar ao fiduciante que o bem objeto da garantia seja vendido por um valor mínimo, capaz de suprir o montante do seu débito integral, de forma que o credor fiduciário nada mais possa dele reclamar. Além disso, visa assegurar ao fiduciário o recebimento de valores suficientes para recompor o empréstimo ou o crédito concedido e também das demais despesas que teve que arcar no curso contratual, em decorrência da mora e inadimplemento do devedor. Ou seja, busca-se a quitação recíproca entre os contratantes.

Toda a celeuma em torno do segundo leilão surgirá em decorrência da apuração do lance mínimo, que será resultado do somatório de diversas rubricas, que serão consideradas para apuração da dívida e das despesas, conforme disposto no § 2º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, de forma que:

[...] considera-se dívida o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos; e entende-se por despesa a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão de leiloeiro (CHALHUB, 2009, p. 263-264).

Em relação à dívida, explicita o inciso I do § 3º do art. 27 que será o valor do saldo devedor da operação, acrescido de “juros convencionais, as penalidades e demais encargos contratuais”. Assim, poucas dúvidas se levantam, uma vez que é comum às partes ajustarem a incidência de correção monetária por algum índice inflacionário divulgado a nível nacional (INPC/IBGE, IGP-M/FGV), juros de mora de um por cento ao mês e multa moratória de dois por cento sobre o valor do débito. Todo e qualquer valor que se relacione à dívida do fiduciante deverá ter como objetivo recompor o valor do empréstimo ou crédito concedido pelo credor.

Quanto às despesas, definidas no art., 27, § 3º, inciso II da Lei nº 9.514/97, são aquelas que tenham sido realizadas para constituição do devedor em mora e para realização dos leilões, inclusive a comissão de leiloeiro e a divulgação dos leilões.

A comissão devida ao leiloeiro será no valor correspondente a cinco por cento (par. ún. art. 24, Dec. nº 21.981, de 19 de outubro de 1932) do valor da venda, salvo se tiver sido pactuado entre os contratantes e o leiloeiro percentual inferior, o que na prática dificilmente ocorre. Embora não haja regra específica sobre o tema na Lei nº 9.514/97, é prudente às partes, mesmo se tratando de leilão extrajudicial, que este seja realizado por leiloeiro credenciado nas Juntas Comerciais dos Estados e do Distrito Federal.

Os custos decorrentes de anúncios promovidos pelo credor, a fim de divulgar a realização do leilão, serão incluídos nas despesas a serem consideradas para efeitos do valor da venda em segundo leilão. O termo *anúncio*, utilizado de forma genérica pela legislação, permite ao credor lançar mão de todas as mídias possíveis, jornais, revistas, sítios da internet, cartas, anúncios em rádio e televisão, exemplificativamente, a fim de levar ao conhecimento da população que tal imóvel será vendido. É necessário guardar, como em todo e qualquer contrato, a boa fé e a proporcionalidade nos custos, sob pena do devedor questionar a necessidade e o vulto de tais gastos.

As despesas de intimação⁶¹ são aquelas que o credor despense para comprovar a constituição do devedor em mora, podendo elas ser de pequena monta, quando a intimação se realizar por meio de notificação pessoal cumprida pelo Registro de Imóveis, ou em valores mais substanciais, quando a intimação ocorrer por meio de publicação de editais em 3 (três) dias, em jornal de grande circulação diária.

No momento da instituição da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, as

⁶¹ Ver item 3.6.2.1.

partes podem ter celebrado um contrato de seguro, com a finalidade de promover a quitação do saldo devedor, em caso de morte ou invalidez permanente do fiduciante (art. 5º, inc. IV, Lei nº 9.514/97). O seguro, quando contratado, seria outro contrato acessório a obrigação principal, porém, o não pagamento do prêmio pelo segurado implica apenas em não cobertura em caso de sinistro.

Dessa forma, a inclusão dos valores relativos a seguro poderá ocorrer somente quando o credor fiduciário tenha promovido, em razão do inadimplemento do fiduciante perante a companhia seguradora, o pagamento do prêmio, até porque se não houver pagamento do prêmio, não haverá cobertura do sinistro com a quitação do contrato de mútuo. Dentre os outros encargos legais e contratuais previstos, têm-se todos aqueles decorrentes do uso do imóvel, quais sejam: energia, gás, água, esgoto, associação de moradores, dentre outros.

Os tributos que devem ser considerados, para efeito de apuração do débito total do fiduciante, são tanto aqueles decorrentes do uso do imóvel, como Imposto Predial e Territorial Urbano, Imposto Territorial Urbano ou Imposto Territorial Rural, taxa de iluminação pública, taxa de coleta de lixo, quanto o imposto de transmissão *inter vivos*, pago pelo credor fiduciário, para ter consolidada em seu nome a propriedade do imóvel que servia como garantia.

As contribuições condominiais deverão ser acrescidas ao valor do débito do fiduciante, a fim de que se apure o valor do lance mínimo em segundo leilão. Estas também são decorrentes do uso do imóvel, e nada mais correto de que aquele que faz uso do bem responda por elas.

Insta ressaltar que todas as despesas indicadas deverão ser somadas, para que se apure o valor do lance mínimo do segundo leilão público. Na data da realização do segundo leilão, os interessados deverão ser informados do montante total do débito e da individualização dos valores pagos, pois não poderá o comprador, nem tampouco o fiduciante, responder novamente por débitos inclusos no valor do lance mínimo.

Em caso de venda, o fiduciário será reembolsado de todas as despesas que tiver pagado até aquele momento, assim, será o responsável por promover o pagamento daquelas que forem inclusas no segundo leilão.

Sendo realizada a venda em segundo leilão pelo valor do somatório da dívida e despesas, estará o devedor eximido do pagamento de qualquer outro valor relativo ao contrato, devendo o credor entregar termo de quitação da dívida àquele, e, ainda, promover a retirada do nome do fiduciante dos órgãos de restrição de crédito, caso tenha lançado mão

deste recurso, já que o valor do empréstimo ou crédito foi recomposto e as despesas reembolsadas.

Assim como ocorre se a venda se efetiva em primeiro leilão, caso a venda no segundo seja realizada em valor superior ao montante da dívida e despesas, estará obrigado o credor fiduciário a repassar ao fiduciante, no prazo de 5 (cinco) dias, o valor que sobejar, acompanhado do termo de quitação recíproca.

Pelo comando legal (§ 4º, art. 27, Lei nº 9.514/97), sempre que se realizar a venda em leilão, o credor deverá prestar contas ao devedor, conforme ensinam Restiffe Neto e Restiffe (2010, p. 118). Aliás, os mencionados autores sugerem que o encontro de contas ocorra também nos casos de não realizada a venda em leilão e que o imóvel seja transferido para o patrimônio do credor e, o devedor, exonerado da dívida. No entanto, quanto a este tema, há julgados entendendo ser incabível a prestação de contas pelo credor⁶².

Efetivada a venda em leilão e tendo o leiloeiro certificado a mesma, o imóvel que tinha a propriedade limitada consolidada em nome do credor fiduciário deverá ser transferido junto ao Registro de Imóveis para aquele que ofereceu o lance vencedor do certame. Para tanto, o credor deverá celebrar com aquele uma compra e venda, que poderá ser realizada por instrumento público ou particular (art. 38, Lei nº 9.514/97), explicitando as condições nas quais a venda ocorreu e o valor da venda, que será correspondente ao lance.

O adquirente do imóvel em leilão deverá promover o pagamento do imposto *inter vivos* e comprová-lo junto ao Registro de Imóveis, para que a propriedade do imóvel lhe seja transferida.

3.7.1 Das conseqüências da não realização da venda em leilão

De toda forma, mesmo com a realização dos dois leilões, poderá ocorrer de não se apresentarem interessados na aquisição do imóvel, seja por causa do valor do imóvel estabelecido no contrato, para efeito de lance mínimo no primeiro leilão, ou o valor da dívida

⁶² DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20080111183117. Direito civil e processual civil. Prestação de contas. Lei nº 9.514/97. Carência de ação. Extinção do processo. Após a consolidação da propriedade do imóvel, a apelada promoveu leilão público, nos termos dos parágrafos 1º e 2º, do art. 27, da Lei nº 9.514/97, que dispõe sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel, no Sistema de Financiamento Imobiliário. O primeiro e o segundo leilão extrajudiciais restaram negativos. Não subsiste, assim, na primeira fase da ação de prestação de contas, o direito de exigir contas, uma vez que, em decorrência das hastas negativas, a dívida para com o credor fiduciante restou quitada, nos termos da lei, tornando patente a carência do direito de ação dos apelantes. Recurso conhecido e não provido. Relator: Esdras Neves. Distrito Federal: Diário da Justiça eletrônico em 10 de fevereiro de 2011, p. 75.

e despesas, para o segundo leilão, ou pelo fato de que o fiduciante ou sucessor podem estar ainda na posse do imóvel.

Em razão da não alienação do imóvel objeto da garantia em leilão, “extingue-se a obrigação de vender a coisa imóvel e o credor pode ficar definitivamente com o bem imóvel. Também extingue-se a dívida do devedor, art. 27, § 5º, da Lei nº 9.514/97”. (FABIAN, 2007, p. 204), de forma que surgirão obrigações e direitos aos contratantes, conforme se verá a seguir.

3.7.1.1 Da extinção do débito

Mesmo sem ocorrer a venda em leilão do imóvel, está prevista a extinção da dívida do fiduciante (§ 5º, art. 27, Lei nº 9.514/97), devendo ele receber o respectivo termo no prazo de 5 (cinco) dias após a realização do segundo leilão, ficando o credor exonerado de repassar àquele qualquer valor relativo ao imóvel, seja em razão do seu valor, seja decorrente de benfeitorias realizadas pelo fiduciante, de forma que a quitação é recíproca.

Mediante uma leitura rápida do dispositivo mencionado, é possível concluir que o fiduciante não responderá pelo pagamento de qualquer valor decorrente do contrato perante o credor, exceto aquelas decorrentes do uso do imóvel após a transferência da posse ao fiduciário e da taxa de ocupação.

Restiffe Neto e Restiffe ensinam que a dívida decorrente do contrato, seja em razão da venda em leilão, seja em razão da concretização mesma, restará extinta.

Neste ponto surge o notável fenômeno já referido da extinção da dívida, seja por sobejamento ou empate de resultado financeiro dos leilões exitosos (art. 27§4º, como modos ordinários, seja também até por inexistência ou insuficiência de lance no segundo leilão, que iguale ou supere o valor da dívida (§5º do mesmo art. 27) como modo extraordinário (de extinção). A ocorrência da exitosa primeira eventualidade extintiva “importará em quitação recíproca”; verificada a segunda frustrante eventualidade, “considerar-se-á extinta a dívida” e quitado o saldo devedor, mas com diversa disciplina” (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, 2010, p. 169).

Assim, depois de contratar um empréstimo para aquisição de imóvel, deixar de promover o pagamento das prestações, ter incorrido em mora e se tornar inadimplente, ver a propriedade do imóvel ser consolidada na pessoa do fiduciário, o devedor não será responsabilizado pelo saldo devedor do contrato, como acontecia quando se utilizava a hipoteca como garantia real. Considerando saldo devedor a diferença entre o valor devido e o

montante obtido com a venda do imóvel.

Como, de qualquer modo, haverá extinção da dívida do fiduciante, entende-se ser possível que o credor fiduciário, no momento da realização do segundo leilão, aceite promover a venda do imóvel por preço inferior ao da dívida. Ora, se o lance mínimo do segundo leilão não for atingido, a propriedade plena e sem restrições será do fiduciário que, em seguida, poderá vender pelo preço e condições que entender satisfatórias. Portanto, não há óbice legal em permitir que o faça no momento do segundo leilão.

Tal possibilidade é admitida, desde que os efeitos da consolidação plena e definitiva sejam gerados imediatamente, ou seja, com a extinção total da dívida do devedor fiduciante.

Neste sentido é o entendimento de Mezzari (1998, p. 78), que destaca apenas a necessidade de se fornecer o termo de quitação da dívida ao devedor e também, sem explicitar os motivos para tanto, que tal situação “talvez mereça alguma atenção do ponto de vista contábil”.

Por outro lado, Chalhub (2009, p. 264), fazendo digressão sobre o assunto, entende que a norma que estabeleceu o perdão do saldo devedor da dívida foi concebida originalmente para aplicação na área habitacional, observando o seu sentido social, sendo que a ampliação da aplicação por meio do art. 51 da Lei nº 10.931/2004 acabou por desvirtuar o objetivo inicial.

Sugere-se alteração legislativa neste sentido, limitando a aplicação de tal exoneração aos contratos com garantia de alienação fiduciária celebrados no âmbito habitacional até um determinado limite de valor, setecentos salários mínimos⁶³, excluindo-se, portanto, os financiamentos não habitacionais e os realizados por meio de consórcios.

Em relação aos financiamentos não habitacionais, a justificativa seria no sentido de que a eles não se aplica o caráter social da norma exoneradora do saldo devedor e os contratos são firmados em razão da livre pactuação das partes, muitas vezes, com o objetivo de implementar atividades do devedor fiduciante, ou mesmo para garantir uma dívida anterior. Apesar desta posição doutrinária, até o momento a regra geral determina a extinção da dívida do devedor fiduciante. Caso o imóvel que servia de garantia não tenha sido vendido nem no primeiro ou no segundo leilão, a exceção fica por conta dos contratos de consórcio.

Aos consórcios, em que ocorre o autofinanciamento realizado pelos cotistas, a ressalva se justifica, tanto que foi objeto de alteração legislativa por meio da Lei nº 11.795 de

⁶³ O valor do salário mínimo em 2011 é de R\$545,00, sendo o valor sugerido limitado a R\$381.500,00.

08 de outubro de 2008, art. 14, § 6º⁶⁴, que estabeleceu a obrigatoriedade do pagamento das obrigações pecuniárias perante o grupo mesmo, depois da execução da garantia.

Mesmo a Lei nº 11.795/2008 não tendo revogado ou alterado a redação dos §§ 5º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, em razão daquela ser posterior a esta e, também, em razão de sua especialidade, entende-se que, em se tratando de consórcios de autofinanciamento, o devedor fiduciante não estará exonerado do pagamento do saldo devedor da dívida.

Pela diversidade ostensiva das situações fáticas, entre as modalidades de alienação fiduciária nas áreas de financiamento mercadológico e de autofinanciamento consorcial, houve por bem afastar-se a Lei 11.795/2008 [*sic*] do espírito da Lei 9.514/1997 [*sic*], adotando solução de subsistência da responsabilidade do fiduciante consorte pelo eventual saldo devedor pós-excussão real de garantia fiduciária, que também vigora na alienação paritária de bens móveis, do Código Civil (art. 1.366); prevaleceu o sentido de manter a equivalência e o equilíbrio entre os pares que sustentam o autofinanciamento (art. 2º) no interesse e segurança do grupo participante sobre o interesse individual do consorciado (art. 3º, §2º) (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, 2009, p. 204-205).

Deverá o credor, porém, descontar do montante do débito do fiduciante, junto ao grupo de consórcio, o valor obtido com a venda do imóvel, seja em leilão público, seja após a adjudicação do mesmo, já que a administradora não poderá permanecer com a propriedade do imóvel ou o fruto de sua venda e, ainda, pretender receber do devedor o valor integral das cotas do consórcio.

Sendo assim, excetuando-se os contratos em que a alienação fiduciária sobre coisa imóvel tenha sido constituída em decorrência de autofinanciamento consorcial, não restará ao devedor fiduciante nenhuma obrigação referente ao pagamento de dívida decorrente do contrato, depois da transferência da propriedade de forma plena ao credor fiduciário.

Não é objeto do perdão legal as despesas decorrentes do uso do imóvel após a transferência da propriedade de forma plena para o credor fiduciário ou de sua venda em leilão, quais sejam: a taxa de ocupação (art. 37-A, Lei nº 9.514/97) e das despesas previstas no § 8º do art. 27⁶⁵.

⁶⁴ § 6º Para os fins do disposto neste artigo, o oferecedor de garantia por meio de alienação fiduciária de imóvel ficará responsável pelo pagamento integral das obrigações pecuniárias estabelecidas no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, inclusive da parte que remanescer após a execução dessa garantia.

⁶⁵ § 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse

3.7.1.2 Da propriedade irrestrita do fiduciário

Outra situação decorrente da não venda do imóvel no segundo leilão é o recebimento pelo credor, em seu patrimônio, de forma ilimitada, a propriedade plena do imóvel que servia de garantia. Embora conste no Registro de Imóveis que a propriedade fiduciária foi consolidada em nome do credor, em razão do inadimplemento contratual do fiduciante, é necessário que aquele esteja munido de uma carta de adjudicação (LIMA, 2009, p. 185) emitida pelo Leiloeiro, certificando que, embora sendo realizados os leilões exigidos em lei, não houve lance mínimo, e que, portanto, o bem será transferido de forma definitiva e sem qualquer condição ao credor.

Diante do princípio da concentração, que informa que todas as averbações e registros devem constar da matrícula do imóvel, será possível a prováveis compradores e demais interessados averiguarem de que forma o credor fiduciário recebeu aquele imóvel em seu patrimônio. “A concentração é importante fator de segurança jurídica, considerando-se que a vida jurídica de um imóvel deve estar retratada na respectiva matrícula” (PASSOS, 2008, p. 37).

Se os dois leilões previstos em lei foram realizados, não será o fiduciário obrigado a promover outros tantos leilões públicos com a finalidade de vender o imóvel, podendo livremente dispor do bem como qualquer outro que lhe pertença.

Esse é o entendimento de Terra (1998, p. 47), para quem o fiduciário não será obrigado a promover “novos leilões, permanecendo o credor (fiduciário) como seu proprietário pleno, podendo alienar o imóvel, se e quando quiser, independentemente do procedimento de leilão extrajudicial”.

A permissividade deve ser analisada em cotejo com o disposto no art. 1.428 do CC⁶⁶, que veda, expressamente, cláusula contratual que assegure ao credor permanecer com o objeto da garantia em caso de mora do devedor.

Primeiramente, é de se notar que o artigo citado do CC faz menção a cláusula contratual que autorize o credor a ficar com o objeto da garantia, enquanto que a possibilidade do credor fiduciário receber em seu patrimônio o bem sem qualquer restrição decorre de norma legal, Lei nº 9.514/97.

Além disso, a norma civilista refere-se a três garantias reais, que são: hipoteca,

⁶⁶ Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

penhor e anticrese, ou seja, não há menção à alienação fiduciária em garantia e “a norma proibitiva deve se interpretada restritivamente” (CHALHUB, 2009, p. 256), até porque aquelas se constituem sobre coisa alheia, bem de propriedade do devedor ou de terceiro, que é ofertado em garantia ao cumprimento da obrigação, sem que saia do patrimônio destes, enquanto a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel se constitui sobre coisa própria, cuja propriedade resolúvel é transferida pelo devedor ao credor, no momento da contratação. Logo, percebe-se que se está diante de garantias reais com naturezas distintas, sendo inaplicável a mesma regra para todas.

Pontes de Miranda, no célebre Tratado de Direito Privado, referindo-se ao dispositivo legal do CC/1916, ressalta este aspecto da alienação fiduciária em garantia, lecionando que:

[...] Quem é outorgado em pacto de transmissão em segurança não poderia ficar subordinado à *ratio legis* do art. 765 do Código Civil porque já é adquirente. O que a lei proíbe é que ao outorgado da segurança se dê o direito formativo gerador ou o direito expectativo, ou a pretensão a adquirir o bem sobre *[sic]* que recai o direito real de garantia. Mas o outorgado em pacto de transmissão em segurança já é o proprietário: não se poderia negar tornar-se aquilo que ele já é. Pode-se vedar o que vir a ser, não o ser. Ao titular do direito real de garantia não se permite que se torne mais do que é. Aplicar-se o art. 765 ao outorgado em pacto de transmissão em segurança seria negar-se a alguém poder continuar de ser o que já é (PONTES DE MIRANDA, 1954, tomo XXI, p. 333).

Assim, entende-se que não há qualquer violação do dispositivo legal na consolidação da propriedade plena em nome do credor fiduciário, caso não sejam atingidos lances mínimos nos dois leilões públicos realizados.

Dessa forma, em razão da inexistência de lance, ou de lance que atenda o valor mínimo dos leilões públicos, a propriedade do imóvel, que era objeto de garantia, será transferida, sem qualquer restrição, ao patrimônio do ex-credor fiduciário, podendo ele dispor, da forma que melhor lhe convier, e “dar o imóvel livremente em locação ou vendê-lo a prazo ou não, ao preço e condições convenientes, sob sua responsabilidade, como de direito, sem mais qualquer interferência do ex-fiduciante, nem nova prestação de contas” (RESTIFFE NETTO e RESTIFFE, 2010, p. 170).

3.8 Da dação em pagamento

A Lei nº 10.931/2004 incluiu o § 8º ao art. 26 da Lei nº 9.514/97, trazendo expressamente a possibilidade de o devedor fiduciante promover a dação em pagamento de seu direito eventual ao imóvel para quitação da dívida, desde que o credor fiduciário anua

com tal. Nestas condições, segundo o texto legal, seriam dispensáveis os procedimentos de realização de leilão público estabelecidos no art. 27 da mesma norma.

Essa possibilidade de ajuste decorre da natureza da obrigação, pois tanto os direitos do devedor quanto do credor são disponíveis e geram efeitos apenas no âmbito patrimonial dos mesmos. Por isso, o “credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida” (CC, art. 356).

Na prática contratual, a dação em pagamento, quando ocorrer, será realizada antes dos procedimentos de venda do imóvel em leilão público. Para fins didáticos, situa-se a discussão neste ponto do trabalho, para mostrar o longo caminho e custos que poderão ser evitados pelas partes.

Deve-se destacar, primeiramente, que não haverá dação do imóvel, mas sim, do direito real expectativo que o devedor fiduciante vai adquirindo ao longo do cumprimento da obrigação, pois a propriedade resolúvel sempre esteve com o credor fiduciário.

O credor fiduciário, que já teve a propriedade do imóvel consolidada em seu nome, deverá seguir o rito estabelecido no art. 27 da Lei nº 9.514/97, para realizar a venda pública do mesmo. Mesmo que sejam realizados os dois leilões, a venda do bem poderá não se concretizar em razão da ausência de interessados.

O objetivo da norma que autoriza a dação em pagamento é antecipar o que aconteceria em caso do bem não ser vendido em leilão, que é a transferência da propriedade de forma definitiva e sem restrição ao patrimônio do credor e conseqüente extinção da dívida do devedor fiduciante.

Poder-se-ia indagar quais seriam as vantagens para as partes ao pactuarem uma dação em pagamento. Ao credor fiduciário, as vantagens seriam evitar gastos com a constituição do devedor em mora, intimação pelo Registro de Imóveis ou publicação de três editais e realização de dois leilões públicos para venda; além dos valores despendidos para realização dos atos citados, o fator tempo também representaria grande economia para o credor, pois este poderia dispor do bem mais rapidamente e da forma que melhor lhe aprouvesse.

Ao devedor fiduciante, tendo este a garantia legal de que não persistirão os valores relativos à sua dívida decorrentes do contrato que institui a alienação fiduciária em garantia, as vantagens aparentemente seriam menores, mas poderia, por exemplo, em negociação com o credor, pactuar um prazo mais prolongado para desocupação do imóvel, a retirada de seu nome junto ao cadastro de inadimplentes imediatamente após a celebração da dação em pagamento, exoneração de eventuais custos decorrentes do uso do imóvel após dação ou, ainda, o recebimento de algum valor do credor fiduciante.

Em razão de apresentar mais vantagens ao credor fiduciário do que ao devedor, dificilmente a dação em pagamento da forma preconizada será pactuada entre eles, preferindo o devedor aguardar todo o procedimento de constituição em mora, venda em leilão e retomada do imóvel, para só então desocupar o imóvel.

3.9 A taxa de ocupação

Mesmo depois de realizado o leilão ou após a transferência da propriedade irrestrita ao fiduciário, poderá o fiduciante, que não ostentará mais essa denominação e nem o justo título para tanto, permanecer no imóvel, que foi objeto da alienação fiduciária em garantia.

No sentido de evitar tal situação, a Lei nº 9.514/97, em seu art. 37-A, instituiu a cobrança de taxa de ocupação, fixando a mesma no valor correspondente a um por cento sobre o valor do imóvel para cada mês ou fração, desde a data da venda do bem em leilão até a data da imissão de posse do fiduciário ou sucessor.

No caso da cobrança da taxa de ocupação, esta deverá corresponder ao valor do imóvel, pois ele estará sendo utilizado pelo fiduciante inadimplente.

Ao indicar o termo sucessor, a lei não se refere à figura do direito sucessório nem dos sucessores de ausentes, ambas reguladas pelo CC. O sucessor do fiduciário será aquele que adquiriu a propriedade em leilão ou diretamente do fiduciário, caso não tenha sido atingido o lance mínimo nos leilões.

A cobrança de taxa de ocupação já era permitida em razão do estabelecido no art. 38 do Decreto-Lei nº 70 de 21 de novembro de 1966⁶⁷, porém, como não havia critérios objetivos sob a forma de fixação da mesma, uma vez estabelecida por decisão judicial, era objeto de discussão entre as partes. Com o estabelecimento de um percentual fixo sobre uma base de cálculo pré-estabelecida pelos contratantes no momento da celebração da avença, bem como a indicação clara da data do início e término da contagem, busca-se justamente evitar discussões a respeito do seu montante.

O valor da taxa de ocupação será, na maioria das vezes, superior ao valor do aluguel de um imóvel nas mesmas condições e localização. Normalmente fica em torno de 0,8% do

⁶⁷ Art 38 No período que medeia entre a transcrição da carta de arrematação no Registro Geral de Imóveis e a efetiva imissão do adquirente na posse do imóvel alienado em público leilão, o Juiz arbitrará uma taxa mensal de ocupação compatível com o rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição, cobrável por ação executiva.

valor do imóvel por mês e, neste sentido, pode incentivar o fiduciante a desocupar o imóvel, que era objeto da garantia, o mais rápido possível, sob pena de arcar com valores vultosos para a manutenção da posse do imóvel.

Depois de deixar de pagar o que foi ajustado, ter sido notificado de sua mora, terem sido realizados leilões para a venda do bem que servia como garantia, não há fundamentos legais para que o devedor fiduciante permaneça na posse do imóvel, mas, se assim o fizer, não poderá ser premiado com a utilização de bem de terceiro sem qualquer contrapartida, de modo que esta imposição legal evitará que o devedor permaneça no imóvel, injustificada e indefinidamente.

Em relação ao *dies ad quem* para contagem do prazo, a lei estabelece que será “a data da alienação em leilão” (art. 37-A, Lei nº 9.514/97). Sendo assim, independentemente da venda ser concretizada no primeiro ou segundo leilão, o prazo começará a fluir.

Mas se a venda não ocorrer em um dos dois leilões e o imóvel vier a ser incorporado de forma plena ao patrimônio do fiduciário, por meio de adjudicação, não estaria o devedor sujeito ao pagamento da taxa de ocupação?

Entende-se que a taxa também será devida, uma vez que, independentemente da situação, venda em leilão a terceiro ou adjudicação ao fiduciário, a natureza da posse exercida pelo fiduciante seria injusta, e a lei pretende evitar que pessoas que não sejam possuidoras com título justo façam uso do imóvel por longos períodos, de forma que deve ele arcar com o pagamento da taxa de ocupação.

A corroborar este entendimento, analisa-se o art. 30 da mesma lei, pois, por meio dele, “é assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão”, o direito a concessão de liminar para desocupação do imóvel, motivo bastante para concluir que se todos têm direito a uma medida mais extrema, como a desocupação do imóvel, que era objeto da garantia, o terão também para cobrança da taxa de ocupação, no sentido de evitar o mau uso pelo fiduciante.

Se não se admitisse a possibilidade de cobrança de taxa de ocupação pelo fiduciário quando adjudica o imóvel, a única possibilidade de cobrança em seu favor, conforme prescrição legal, art. 37-A da Lei 9.514/97, ocorreria quando o próprio credor, ao se realizar o primeiro ou segundo leilão, ofertasse lance declarado vencedor, pois neste caso estaria na mesma condição de um terceiro adquirente.

Por outro lado, se o lance vencedor do certame for apresentado pelo devedor fiduciante, não haveria que se falar em cobrança de taxa de ocupação ou a figura do credor e do devedor se confundiriam na mesma pessoa (CC, art. 381).

A data do início da contagem do prazo, no caso de transferência plena da propriedade em favor do credor fiduciário, será a data que lhe for atribuída tal condição, ou seja, a data da realização do segundo leilão, pois não se atingindo o lance mínimo neste e certificado pelo Leiloeiro tal situação, o bem, independentemente de manifestação do credor, será incorporado ao seu patrimônio.

Estabelecida a data do início da contagem, a cada mês ou fração incidirá a cobrança da taxa equivalente a um por cento sobre o valor do imóvel, assim, exemplificativamente, se o credor fiduciário ou seu sucessor demorar 65 (sessenta e cinco) dias para ser imitado na posse, o valor da taxa de ocupação corresponderia a três por cento, dois meses inteiros e mais uma fração de mês de 5 (cinco) dias. Para apuração da base de cálculo sobre qual incidirá o percentual, deverá observar-se o valor do imóvel estabelecido em contrato, bem como a forma de atualização de tal valor nele contida (art. 24, inc. VI)⁶⁸.

Não poderá, por força do estabelecido no art. 37-A, ser exigido do fiduciante, valores relativos à taxa de ocupação entre a data que o mesmo deixar de pagar as prestações do mútuo e a data em que o imóvel for vendido em leilão ou transferido irrestritamente ao fiduciário, uma vez que, até aquele momento não havia sido extinta a propriedade fiduciária, mesmo estando ela consolidada junto ao Registro de Imóveis em nome do credor.

A impossibilidade de cobrança de taxa de ocupação neste interregno temporal, desde a mora até a venda em leilão, se por um lado beneficia o fiduciante, faz com que o fiduciário tome as providências necessárias para venda em leilão, tão logo transcorrido o período de carência (art. 26, § 2º).

Se assim não fosse, poderia ele aguardar indefinidamente para promover a notificação e demais procedimentos, sabendo que teria uma garantia fiduciária real suficiente para repor o valor emprestado e, ainda, cobrar do fiduciante valor superior ao que seria obtido com o aluguel do mesmo imóvel.

Da mesma forma, não poderá o credor fiduciário, caso a venda seja realizada em leilão por lance cujo valor suplante o montante da dívida e das despesas do contrato, deixar de promover a entrega da importância resultante dessa soma no prazo de 5 (cinco) dias, no intuito de compensar tal valor com o devido pela taxa de ocupação.

O titular do direito de cobrança da taxa de ocupação será aquele que adquiriu a propriedade em leilão ou do fiduciário, em caso de a propriedade lhe ser transferida

⁶⁸ Ver item 3.2.

irrestritamente.

Após a adjudicação, e enquanto o fiduciário permanecer com a propriedade plena do imóvel, terá ele o direito ao recebimento da taxa de ocupação. Caso transfira a propriedade a outrem, somente poderá cobrá-la até a data da transferência, se o fiduciante ainda permanecer na posse do imóvel. A partir do momento da transferência, o credor da taxa de ocupação passa a ser o novo proprietário do imóvel.

Por se tratar de direito disponível, poderão o fiduciário e o adquirente direto pactuarem da melhor forma que lhes convier, sendo certo que, do fiduciante somente poderá ser exigido o valor correspondente a uma taxa de ocupação.

Quanto à obrigação pessoal pelo pagamento da taxa de ocupação, não há dúvida de que sempre responderá o fiduciante, mesmo quando ele transferir a posse a terceiros, sem anuência do fiduciário, uma vez que a mora e o inadimplemento e também a ocupação do imóvel de forma injustificada, são atos que decorrem de sua conduta.

Dessa forma, verifica-se que a normatização da taxa de ocupação busca evitar abusos por parte do fiduciante, que não mais ostenta a propriedade fiduciária, sob condição suspensiva, e faculta ao fiduciário ou ao adquirente do imóvel em leilão o direito de cobrar daquele, valor mensal capaz de inibir tais abusos e remunerar o capital investido na aquisição do imóvel.

3.10 Despesas decorrentes do uso do imóvel

Durante algum tempo, antes da inclusão do § 8º ao art. 27 da Lei nº 9.514/97⁶⁹, alguns municípios e também administradores de condomínios tentavam direcionar ao credor fiduciário, detentor da propriedade resolúvel, a cobrança de valores em atraso relativos a tais despesas, decorrentes do uso do imóvel, deixando de observar que quem estava na posse direta do bem era o devedor fiduciante.

Tal situação gerava muitas incertezas ao credor fiduciário que, no caso de venda direta, poderia ser compelido a promover os pagamentos referentes aos impostos, taxas e contribuições condominiais. Em idêntica situação se encontrava o fiduciante, que não tinha a segurança de que débitos decorrentes de obrigações *propter rem* anteriores ao negócio

⁶⁹ § 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse.

fiduciário não lhe fossem exigidos.

Porém, com a redação do § 8º, houve uma delimitação clara sobre as responsabilidades pelo pagamento, como leciona Lima (2010, p.162):

[...] é forçoso se concluir que a introdução deste novo parágrafo muito contribui para a facilitação da contratação, ao definir a responsabilidade de cada um dos sujeitos da relação jurídica, isentando o credor fiduciante, enquanto existente a propriedade fiduciária com escopo de garantia, de qualquer pagamento ou obrigação, sendo estas transferidas, por imperativo legal, ao devedor fiduciário.

Dessa forma, enquanto o devedor fiduciante estiver usufruindo do imóvel, seja durante o período em que estiver cumprindo o contrato, seja em momento posterior à venda do mesmo em leilão ou à consolidação definitiva e irrestrita com o fiduciário, é ele quem deverá promover o pagamento das obrigações decorrentes de tributos e contribuições condominiais incidentes sobre o imóvel.

Contudo, considerando que tais obrigações têm o caráter *propter rem*, ou seja, acompanham a coisa, uma vez configurado o inadimplemento contratual do fiduciante, e a propriedade plena for transferida a terceiro adquirente do imóvel em leilão ou incorporada de maneira irrestrita no patrimônio do fiduciário, a municipalidade e também os administradores de condomínio poderão direcionar a cobrança ao novo proprietário, mesmo quando o débito seja anterior a aquisição da propriedade.

Em sendo o credor fiduciário ou o adquirente do imóvel em leilão, compelidos a promover o pagamento de quaisquer valores relativos ao período em que o fiduciante esteve na posse direta do imóvel, com justo título ou não, poderão aqueles buscar junto a este o seu ressarcimento, conforme julgado do TRF da 2ª Região:

Ementa CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. ARREMATANTE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LEI Nº 9.514/97. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. LEGITIMIDADE. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. PAGAMENTO DE COTAS CONDOMINIAIS ATRASADAS. 1 - A preliminar de ilegitimidade passiva argüida se mostra totalmente impertinente, eis que as taxas e contribuições devidas ao condomínio constituem obrigações *propter rem*, ou seja, aderem à coisa, respondendo aquele que arremata o imóvel até mesmo pelas cotas condominiais em atraso e anteriores à aquisição. 2 - In casu, alega a CEF que a ré é credora fiduciária, não tendo a mesma responsabilidade quanto ao pagamento das cotas condominiais. Contudo, no termos do §8º do artigo 27 da Lei 9.517/97, o credor fiduciário em favor de quem se consolidou o domínio do bem responde perante o condomínio pelas obrigações decorrentes da convenção e da lei, podendo, no entanto, buscar o reembolso junto ao devedor fiduciante, com quem contratou. 3 - Restando a obrigação pelo pagamento das cotas condominiais alinhada na convenção do condomínio, demonstrado o inadimplemento e comprovada a propriedade do imóvel

através do documento de fls. 09/10, deságua-se, então, na inegável responsabilidade da réu pelo pagamento das cotas condominiais, mormente diante do material probatório colacionado. 4 - Recurso conhecido e desprovido⁷⁰. APELAÇÃO CÍVEL – 458730 Relator(a) Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND Sigla do órgão TRF2 Órgão julgador OITAVA TURMA ESPECIALIZADA Fonte DJU - Data::20/10/2009 - Página:181 Decisão A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a). Data da Decisão 06/10/2009 Data da Publicação 20/10/2009 Inteiro Teor 200951010138809.

Pela regra do § 8º e sua aplicação prática, tem-se que o fiduciante não será exonerado do pagamento das despesas decorrentes do uso do imóvel, mesmo depois de ter sido alienado em leilão ou adicionado de forma plena ao patrimônio do credor fiduciário. Aquele que pagar as despesas poderá buscar o ressarcimento perante o fiduciante pelas vias ordinárias e sem qualquer garantia real para o recebimento pretendido.

3.11 Da ação de reintegração de posse

O fiduciante que detinha posse direta do imóvel objeto *enquanto adimplente* (art. 24, inc. V) deixará de exercê-la quando não mais possuir o justo título, ou seja, ao incorrer em mora, além do período de carência contratualmente previsto. Nestas situações, poderá o fiduciário ou o adquirente do imóvel em leilão, desde que tenham sido observados os demais procedimentos de constituição em mora, consolidação da propriedade em nome do fiduciário e realização de leilões, propor ação de reintegração de posse, com o deferimento liminar para desocupação do imóvel no prazo de 60 (sessenta) dias.

O mencionado artigo pode ser aplicado sem qualquer consideração adicional nos casos em que o fiduciário era proprietário do imóvel e, através de um contrato de compra e venda com alienação fiduciária em garantia daquele mesmo bem, transfere a propriedade sob condição suspensiva e também a posse direta ao devedor, permanecendo com a posse indireta e a propriedade resolúvel. Ou seja, em caso de inadimplemento do fiduciante e atendida às outras exigências legais, o fiduciário, que já foi proprietário pleno do imóvel, poderá ser reintegrado na posse do mesmo.

Por outro lado, se analisada a situação sob a ótica das regras gerais do CPC (arts. 920 a 931) e CC (arts. 1.196 a 1.224), não seria possível sustentar a reintegração de posse, por exemplo, da instituição financeira que celebrou o contrato de mútuo com o fiduciante,

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). Apelação Cível nº 458730. Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund. TRF 2ª Região: Diário da Justiça em 20 de outubro de 2009, p. 181.

fornecendo o valor necessário para que este adquirisse o imóvel de terceiro, já que aquela, que assumiu a condição de credora fiduciária, nunca esteve na posse do imóvel que é objeto da garantia, de forma que, se nunca teve, não há como perdê-la.

Idêntica situação se daria no caso daquele que adquiriu a propriedade do imóvel em um dos leilões de venda, pois nunca esteve na posse daquele bem, que só foi por ele adquirido em razão do inadimplemento do fiduciante.

Mais peculiar ainda parece a possibilidade de reintegração de posse, quando o fiduciante que já detinha a propriedade plena do imóvel e, por força de contrato, resolve contrair um financiamento, transferindo a propriedade resolúvel para aquele que lhe emprestou o dinheiro, pois, aqui, o fiduciante nunca deixou de exercer a posse direta sobre o imóvel cuja posse será reintegrada ao fiduciário.

Para as últimas situações descritas, o mais coerente seria admitir a possibilidade de imissão de posse, de acordo com as regras gerais das ações possessórias. No entanto, como visto no item 2.2 do Capítulo 2, na alienação fiduciária em garantia há o desdobramento da posse, sendo que o credor fiduciário fica com a posse indireta e o devedor fiduciante com a posse direta, e é justamente em razão dessa característica, que permite ao fiduciário ou adquirente em leilão, mesmo nunca tendo exercido a posse direta do imóvel, nela ser reintegrado.

Ao enfrentar o tema, Chalhub se posiciona da seguinte maneira:

Ao romper-se a relação fiduciária por inexecução culposa do devedor-fiduciante, sua posse deixa de existir a justo título, de modo que sua recusa à restituição do imóvel caracteriza esbulho. O desdobramento da relação possessória assegura tanto ao possuidor direto como ao possuidor indireto, um em face do outro, o exercício das ações de proteção da posse pela via judicial específica, como prescreve de maneira expressa do art. 1.197 do Código Civil, que assegura ao possuidor direto a defesa de sua posse contra o possuidor indireto (CHALHUB, 2009, p. 274/275).

Conforme ensina Nery Júnior (2003, p. 898), ao comentar o artigo citado do CC, no direito à defesa da posse entre o possuidor direto e o indireto há reciprocidade, de forma que este poderá defender-se daquele.

Admitida a possibilidade de reintegração de posse, deverá o interessado atender todos os requisitos legais, arts. 282 e 927 do CPC, a fim de que a ação seja julgada procedente e a liminar que determina a desocupação do imóvel seja concedida.

Mas do texto da norma especial, Lei nº 9.514/97, há uma particularidade que é a obrigatoriedade do “fiduciário, seu cessionário ou sucessor, inclusive o adquirente do imóvel por força de público leilão” (art. 30), comprovar que a propriedade foi consolidada em nome daquele que é o autor da ação reintegratória. Embora o dispositivo citado remeta

genericamente ao art. 26 da mesma lei, o único item que trata de consolidação da propriedade é o § 7º, restringindo-se à análise.

A consolidação de propriedade em nome do fiduciário, preconizada pelo § 7º do art. 26 da Lei nº 9.514/97, não ocorre de forma plena, pois impinge ao credor a obrigação de promover leilão público no prazo de 30 (trinta) dias da consolidação, seguindo ainda outras regras específicas quanto à forma de realização dos mesmos e valor mínimo para venda do imóvel objeto da garantia.

Enquanto o fiduciário, seu sucessor ou cessionário não tiver a propriedade plena consolidada em seu nome, o que acontecerá somente depois de realizados os dois leilões, sem que se tenha atingido o lance mínimo exigido, não há legitimidade para ajuizar uma ação de reintegração de posse, pois ainda não estaria caracterizada a consolidação plena da propriedade.

O entendimento do STJ segue neste sentido:

Se a própria lei estabelece, como marco inicial para a cobrança da taxa de ocupação, a data do leilão público, não há sentido em se interpretar a lei de modo a que o devedor seja obrigado a deixar o imóvel antes desse momento (MEDIDA CAUTELAR Nº 15.590 - DF (2009/0096078-7), RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI, 27/05/2009).

Em relação ao adquirente do imóvel em leilão, não restam dúvidas que o mesmo poderá manejar a ação judicial para ver-se reintegrado no imóvel que adquiriu, somente depois da realização do leilão, pois antes de adquirir a propriedade ele não detém nenhum direito sobre ela.

Acrescente-se a isso o fato de o fiduciário ter o prazo de 30 (trinta) dias, após a consolidação condicional do art. 26, § 7º da Lei nº 9.514/97, para realizar o primeiro leilão e mais 15 (quinze) dias para realizar o segundo, ou seja, entre a data da consolidação decorrente da mora e a data do segundo leilão transcorrerão, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, enquanto que o prazo para o fiduciante desocupar o imóvel será de 60 (sessenta) dias. Por esta razão, ainda que lhe fosse possível o ajuizamento de ação antes da consolidação plena da propriedade em nome do fiduciário ou do adquirente em leilão, não seria recomendável, sendo que a situação poderia se alterar, como, por exemplo, no caso do próprio fiduciante oferecer o lance vencedor do leilão.

Ao exigir que se comprove a consolidação plena da propriedade em nome do fiduciário ou do adquirente do imóvel, a Lei nº 9.514/97 afasta a necessidade de que a reintegração de posse seja ajuizada no prazo de ano e dia da data da turbação, para que se

tenha direito à concessão de liminar (art. 924, CPC). Ou seja, não será necessário demonstrar que a posse é nova, basta demonstrar que houve a consolidação plena da propriedade do imóvel.

Os requisitos do art. 927 do CPC devem ser demonstrados com a apresentação de documentos comprobatórios, acompanhados da petição inicial. Se o autor da demanda apresentar cópia atualizada da matrícula do imóvel com o registro de todos os atos, comprovará a sua posse, decorrente da propriedade fiduciária instituída por força do contrato, o esbulho, com a consolidação da propriedade em decorrência da mora do fiduciante e também com a consolidação plena, mediante o registro da transferência de propriedade ao adquirente em leilão ou a liberação da propriedade plena ao fiduciário, em razão da ausência de lance mínimo nos leilões.

O réu na demanda será o fiduciante ou quem estiver exercendo a posse sobre o imóvel, por permissão daquele ou em razão de desídia do fiduciante. Essa regra não se aplica aos imóveis locados, conforme se verá a seguir.

Em julgamentos de agravos de instrumentos manejados contra decisões monocráticas, que não concederam liminarmente a reintegração de posse ou designaram audiência de justificação prévia, o TJGO⁷¹ se manifestou no sentido de que se deve seguir a regra especial da Lei nº 9.514/97, com a concessão da liminar de reintegração de posse sempre que comprovada a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, cessionário, sucessor ou adquirente do imóvel em leilão.

Além da reintegração de posse, poderá o fiduciário ou adquirente em leilão pleitear na mesma demanda o pagamento de taxa de ocupação (art. 37-A, Lei nº 9.514/97).

3.12 A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e os contratos de locação

Como a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis poderá ser utilizada por qualquer pessoa e ter como objeto não só unidades habitacionais, certamente haverá situações

⁷¹ GOIÁS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 72534-1/180. Relator: Dr. Ronnie Paes Sandre. Diário da Justiça eletrônico em 02 de junho de 2009, p. 346.
GOIÁS. Tribunal de justiça. Agravo de Instrumento nº 73021-0/180. Relator: Des. Alan S. De Sena Conceicao, Diário da Justiça eletrônico em 13 de janeiro de 2010, p. 497.
GOIÁS. Tribunal de justiça. Agravo de Instrumento nº 361174-62.2010.8.09.0000. Relator: Des. Floriano Gomes. Diário da Justiça eletrônico em 23 de fevereiro de 2011, p. 766.

em que o fiduciante se utilizará dessa garantia para adquirir imóvel do qual não fará uso pessoal. Desse modo, a aquisição terá por finalidade o investimento, podendo o fiduciante, entre outras possibilidades, locar o imóvel.

A situação jurídica do fiduciante e do fiduciário em nada se altera com a celebração de contrato de locação, devendo aquele promover o pagamento dos valores a que ficou obrigado, e este a respeitar a propriedade fiduciária e a posse. Em razão de deter a posse direta do imóvel, podendo dele usar e gozar, o locador do imóvel será sempre o fiduciante, nunca o fiduciário.

O fiduciário participará do contrato de locação, quando a ele for noticiado, apenas como anuente, proporcionando ao locatário maior segurança jurídica de que o contrato será cumprido nos exatos termos, especialmente quanto aos valores, cláusula de reajuste e prazo em que foi contratado ou, ao menos, para assegurar que a desocupação do imóvel locado ocorra em até 90 (noventa) dias da data da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, em razão do inadimplemento do devedor fiduciante.

No curso do contrato com pacto adjeto de garantia de alienação fiduciária de bem imóvel, caso o fiduciário ou o seu sucessor não se manifeste expressamente, concordando com a locação e sua prorrogação por prazo superior a um ano, o contrato será considerado ineficaz (art. 37-B. Lei nº 9.514/97).

Quando, em razão da mora e do inadimplemento do fiduciante, a propriedade é consolidada ao fiduciário ou quando a venda do imóvel é realizada em leilão, aquele que passou a ser titular pleno do direito de propriedade, se não pretender continuar com o contrato de locação, deverá notificar o locatário no prazo de 90 (noventa) dias da data da venda em leilão a terceiros, ou do segundo leilão, em que não houver lance mínimo para que o mesmo desocupe o imóvel (§ 7º, art. 27, Lei nº 9.514/97). Se o credor fiduciário não foi chamado a anuir com o contrato, o prazo de desocupação é reduzido para 30 (trinta) dias

Se não houver a notificação do locatário quanto ao interesse na continuidade do contrato de locação, o contrato originário continuará em vigor nas mesmas condições em que se encontrava quando ocorreu a consolidação da propriedade, visto que é naquele momento, consolidação da propriedade, que ocorre a mudança de titularidade do contrato de locação, saindo o devedor fiduciante e entrando o novo proprietário pleno do imóvel.

Da mesma forma, enquanto deixar de notificar o locatário da transmissão da propriedade, não poderá o novo proprietário exigir dele o recebimento do aluguel, se os aluguéis forem pagos ao fiduciante, locador originário.

Em virtude dessas consequências jurídicas que podem atingir o fiduciário ou o

adquirente do imóvel em leilão, têm eles o interesse em cientificar o locatário de que o devedor fiduciante não exerce mais o direito de uso e gozo do imóvel locado e que, portanto, o aluguel, a partir da data da consolidação da propriedade, deve ser pago ao novo locador e, se eles pretendem ou não continuar com o contrato, devem estabelecer, neste último caso, o prazo de 30 (trinta) dias para desocupação.

Se a opção do novo proprietário for de não continuar com o contrato de locação, o locatário cientificado terá o prazo de 30 (trinta) dias para desocupação do imóvel, se não o fizer, poderá aquele manejar uma ação despejo contra este.

Não será cabível aqui a ação de reintegração de posse, pois o que se pretende resolver é o contrato de locação, como ensina Sylvio Capanema de Souza, também transcrito por Chalhub (2004, p. 283-284):

Decorrendo de locação a ocupação do imóvel, fica vedada a via possessória para que o locador possa recuperar a sua posse. Na ação de despejo não se objetiva, propriamente, recuperar a posse perdida pelo locador, e sim dissolver o contrato de locação. Daí não se tratar de ação real, em que se discute posse ou domínio (SOUZA, 1993, p. 32).

Se preferir continuar com o contrato de locação, o locatário permanecerá com os mesmos direitos que mantinha em relação ao locador originário.

A regra geral que trata de benfeitorias na Lei de Locações⁷², que segue o mesmo princípio fixado no CC⁷³, estabelece que o locatário seja indenizado pelas necessárias, ainda que não autorizadas, e das úteis, quando autorizadas pelo locador, podendo em relação a estas, exercer o direito de retenção, que nada mais é do que permanecer no imóvel até que o valor das benfeitorias seja descontado do aluguel ou reembolsadas pelo locador. Já em relação às benfeitorias voluptuárias, se não causarem danos ao imóvel, poderão ser levantadas.

Por sua vez, a Lei nº 9.514/97, art. 27, § 4º, estabelece que o fiduciário entregará ao fiduciante o valor que sobejar ao valor da dívida, despesas e encargos decorrentes do contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis; neste valor, estará incluído o montante

⁷² Art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção.

Art. 36. As benfeitorias voluptuárias não serão indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel.

⁷³ Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

da indenização por benfeitorias, excluindo, expressamente, a aplicação do art. 1.219 do CC⁷⁴. Assim, pela redação da norma especial, não restam dúvidas que o fiduciante não poderá exercer o direito de retenção em razão de benfeitorias que tenha realizado no imóvel objeto da garantia.

Mas quando as benfeitorias forem realizadas pelo locatário, ocorrerão duas situações distintas. Se o credor fiduciário anuiu com a celebração do contrato de locação, concordando com os seus termos, inclusive quanto às benfeitorias, deverá ser observado o que dispõe a lei de locações e respectivo contrato, podendo o locatário exercer inclusive o direito de retenção em relação ao fiduciário ou adquirente do imóvel em leilão.

Obviamente que o fiduciário ao ser consultado sobre os termos do contrato de locação a ser firmado com um imóvel que lhe serve de garantia, exigirá que o locatário renuncie ao direito de indenização das benfeitorias úteis e necessárias e também à retenção do imóvel, já que a Lei de Locações possibilita tal renúncia.

Quando houver a anuência do credor fiduciário na locação, é prudente que ao se noticiar a realização de leilões para venda do imóvel, divulgue-se aos interessados a real situação do imóvel, deixando clara a existência de contrato de locação e suas condições. Se não o fizer, o adquirente poderá desistir do negócio.

Por outro lado, se o contrato de locação foi celebrado entre o fiduciante e o locatário, sem que ao credor fiduciário fosse dado conhecimento, entende-se que não caberá ao locatário o exercício do direito de retenção em face do fiduciário ou adquirente, já que estes não tinham conhecimento das condições do contrato. Poderá o locatário, observadas as condições contratuais, buscar a indenização das benfeitorias junto ao fiduciante, antigo locador.

Durante o período que perdurar o contrato de locação, após a consolidação da propriedade ao fiduciário, em nome daquele que a adquiriu em leilão ou, ainda, em venda direta pelo fiduciário à terceiro, o locatário estará obrigado a promover o pagamento dos aluguéis e também de todos os outros encargos decorrentes da locação: taxa condominial, água, luz, gás, etc.

Até o momento em que houver a extinção da propriedade fiduciária, venda em leilão ou consolidação da propriedade com o fiduciário, o fiduciante terá direito ao recebimento dos aluguéis. Após a extinção da propriedade fiduciária, quem passa a ter direito à percepção dos aluguéis é aquele que adquiriu a propriedade em leilão ou o fiduciário, que teve a propriedade

⁷⁴ Na redação original da Lei nº 9.514/97 se faz menção ao artigo 516 do CC/1916.

consolidada em seu nome.

Com relação ao direito de preferência, deve-se buscar na redação do art. 32 da Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991, que excluía de forma genérica o locatário nos “casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação”, porém, como a Lei nº 9.514/97 permitiu a realização de leilões extrajudiciais para venda do imóvel objeto da garantia, muitas discussões se travaram a respeito do tema.

Se haviam dúvidas no direito de preferência em decorrência de venda em leilões extrajudiciais, a inclusão pela Lei nº 10.931/2004 do parágrafo único⁷⁵ ao mencionado artigo sepultou de vez qualquer discussão a respeito do tema, já que expressamente exclui o direito de preferência do locatário quando a venda decorrer de garantia fiduciária, inclusive sob a forma de leilão extrajudicial.

Assim, no momento em que se efetiva a venda em leilão ou quando o fiduciário tem a propriedade consolidada de forma ilimitada, em razão da ausência de lances que atinjam o patamar de valores exigidos nos §§ 1º e 2º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, não há que se falar em direito de preferência ao locatário. É certo que o próprio locatário poderá participar do leilão, oferecendo lances como qualquer outro interessado.

Após ter consolidado a propriedade plena em seu nome, se o credor optar por continuar com o contrato de locação firmado originariamente pelo fiduciante e locatário, assumindo a posição de locador, o direito de preferência em favor do locatário deverá ser observado, desde que não haja nenhuma das restrições indicadas no *caput* do art. 32 da Lei nº 8.245/91, e o contrato de locação esteja registrado junto à matrícula do imóvel, pois a venda ou transferência de propriedade ocorrerá como qualquer outra, ou seja, não subsistirão resquícios da propriedade fiduciária.

Haverá direito de preferência do locatário quando o fiduciante e o fiduciário pactuarem a dação em pagamento do direito eventual (§ 8º, art. 26, Lei nº 9.514/97), conforme lecionam Restiffe Neto e Restiffe (2010, p. 93). Neste caso, a propriedade seria transferida sem qualquer restrição ao patrimônio do credor para pagamento do débito do fiduciante, sendo que o locatário poderá promover o pagamento em mesmo valor e, nas

⁷⁵ Parágrafo único. Nos contratos firmados a partir de 1º de outubro de 2001, o direito de preferência de que trata este artigo não alcançará também os casos de constituição da propriedade fiduciária e de perda da propriedade ou venda por quaisquer formas de realização de garantia, inclusive mediante leilão extrajudicial, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica

mesmas condições, adquirir o imóvel.

O direito de preferência poderá ser exercido no prazo de 6 (seis) meses a partir da data do registro do ato de transferência da propriedade junto ao Registro de Imóveis, desde que o proprietário do imóvel não tenha cientificado o locatário da venda. Caso tenha sido notificado nos termos e condição da transferência de propriedade, o locatário terá 30 (trinta) dias para se manifestar a respeito, preferencialmente pela mesma forma que tomou conhecimento; caso deixe de se manifestar, o seu silêncio será reconhecido como renúncia ao direito de preferência.

3.13 Ação de execução de título extrajudicial

Apesar de a Lei nº 9.514/97 fixar uma série de requisitos essenciais aos contratos que estabeleçam a alienação fiduciária em garantia sobre coisa imóvel, há outros que são inerentes a qualquer tipo de contrato. Uma dessas características é de executividade do contrato, conforme CPC, art. 585, inciso II⁷⁶. Assim, poderá o credor fiduciário deixar de tomar os procedimentos de venda extrajudicial e optar pela via executiva judicial.

O ajuizamento de ação de execução de título extrajudicial poderá ocorrer após transcorrido o prazo de carência estabelecido no contrato, desde que o devedor tenha sido devidamente intimado da sua mora e, mesmo assim, permanecido inerte. Antes de ocorrer tais situações, o devedor poderá purgar a mora, prestigiando o contrato, contudo, se não houver purgação da mora, o credor não tem mais a obrigação de receber do devedor qualquer valor.

Nota-se que o início do procedimento será o mesmo para qualquer das possibilidades que tem o credor fiduciário em repor o valor do empréstimo: consolidação da propriedade em seu nome, recebimento em pagamento do direito eventual ao imóvel e ajuizamento de ação de execução de título extrajudicial. A opção por uma dessas modalidades exclui a possibilidade de utilização das outras.

É facultado ao proprietário fiduciário, ao invés de consumir a consolidação registrária e assumir o risco de promover em sequência os leilões de excussão extrajudicial (art. 27), com todos os efeitos extintivos da dívida a que estaria adstrito, socorrer-se da tutela jurisdicional de cobrança como alternativa para o recebimento de seu crédito por inteiro, ou não, como de direito, preenchidos os

⁷⁶ Art. 585 São títulos executivos extrajudiciais: II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.

respectivos pressupostos; e, satisfeitas as condições comuns do processo executório, poderá valer-se da força do patrimônio ou direito penhorável dos sujeitos executados, devedor e coobrigados responsáveis (RESTIFFE NETO e RESTIFFE, 2010, p. 168).

Pelo que se vê, optando pela via extrajudicial de consolidação e excussão da garantia, o credor somente poderia recuperar o valor correspondente ao imóvel, vendido em leilão ou incorporado ao seu patrimônio, de forma definitiva. Não há possibilidade, por vedação legal, de cobrar o saldo devedor apurado entre o valor obtido com a venda do bem e o montante do débito do devedor.

Por outro lado, se a opção for a execução judicial do título, o credor poderá exigir do devedor todo o montante do seu débito, requerendo a constrição de quaisquer bens que pertençam ao devedor ou outro coobrigado contratual, inclusive sobre o bem que é objeto da garantia fiduciária, já que a opção pela via executiva judicial não tem o condão de alterar a natureza do contrato e de sua garantia.

O entendimento jurisprudencial a respeito do tema corrobora a assertiva:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. ADJUDICAÇÃO. PROCEDIMENTOS PRÉVIOS EXIGIDOS POR LEI ESPECIAL. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DE EXECUÇÃO REGIDO PELO CPC. 1. INADMISSÍVEL, NO PROCESSO EXECUTIVO, QUE TEM REGRAS DEFINIDAS NO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL, A ADOÇÃO DE FORMALIDADES PREVISTAS EM LEI ESPECIAL, DESTINADAS À SATISFAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITO OBJETO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO, GARANTIDO POR CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. 2. TRATANDO-SE DE EXECUÇÃO PROPOSTA SOB O RITO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NÃO TEM APLICAÇÃO AS REGRAS DA LEI Nº 9.514/97. ASSIM, É FACULTADO AO EXEQÜENTE [*sic*] REQUERER A ADJUDICAÇÃO DOS BENS PENHORADOS, OFERECENDO PREÇO NÃO INFERIOR À AVALIAÇÃO. NESTE CASO, SE O VALOR DA DÍVIDA EXEQÜENDA FOR SUPERIOR AO QUANTUM APURADO, A EXECUÇÃO PROSEGUIRÁ PELO SALDO REMANESCENTE. 3. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. Processo 2007 00 2 013969-8 AGI, Relatora: Des. Nídia Corrêa Lima, Disponibilização no DJ-e: 17/03/2008 p.93.

Não restam dúvidas que o procedimento extrajudicial de consolidação e venda do imóvel é muito mais célere e menos oneroso do que a via executiva judicial, por isso, o que determinará a opção do credor em promover a execução do título extrajudicial ou tomar os procedimentos extrajudiciais de consolidação do bem será o valor do imóvel em comparação com o saldo devedor, além da situação patrimonial do devedor fiduciante.

3.14 Cessão de posição contratual

Ao longo do lapso contratual, poderão as partes modificar seus interesses manifestados inicialmente, buscando melhor adequação às suas necessidades, quer sejam financeiras, de produção ou mesmo de ambiente de trabalho ou moradia.

Neste sentido, é autorizado ao credor fiduciário e ao devedor fiduciante promoverem a cessão de sua posição contratual. Essa cessão poderá ser realizada a terceiros que inicialmente não faziam parte da relação contratual ou para quem já era contratante, como na situação em que um casal que assumiu o mútuo conjuntamente e, que em razão de separação, um dos ex-cônjuges cede ao outro os direitos e também os deveres de que era titular.

É regra geral que ninguém poderá transferir direito além daqueles que detém, de forma que o devedor fiduciante tem a certeza que as suas obrigações e direitos perante o cessionário, e novo credor fiduciário, não serão modificadas. Em idêntica situação também ficará o credor fiduciário ao se alterar o devedor fiduciante, os direitos e obrigações sobre a obrigação principal e a respectiva garantia serão mantidos.

A cessão do crédito por parte do credor fiduciário ou do direito expectativo por parte do devedor fiduciante, por envolver a garantia de um bem imóvel, deverá ser levado a conhecimento de todos, por meio de averbação no Registro de Imóveis, conforme lição de Chalhub:

A averbação da cessão é indispensável, não só para validade contra terceiros, mas também perante o fiduciante, pois o fiduciário deve estar formalmente investido dos seus direitos para legitimar-se aos procedimentos de cobrança, constituição do fiduciante em mora, consolidação da propriedade em seu nome e implementação da ação de reintegração de posse (CHALHUB, 2009, p. 243).

O art. 28 estabelece a possibilidade do credor fiduciário realizar a cessão do crédito, decorrente do contrato de alienação fiduciária em garantia, acompanhado de todos os direitos a ele inerentes. Tal faculdade visa fomentar o mercado secundário de créditos imobiliários, com a transferência para as companhias securitizadoras de tais créditos e a transformação posterior em Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI), que serão negociados no mercado financeiro.

Seguindo as regras gerais do CC, arts. 286 a 298, a cessão de direitos teria validade perante o devedor a partir do momento em que ele fosse notificado a respeito ou se manifestasse reconhecendo a cessão, porém, seguindo a regra especial do art. 35 da Lei nº 9.514/97, o credor não necessita de anuência do devedor fiduciante.

Se o cessionário deixar de cientificar o devedor fiduciante da cessão realizada, e este promover o pagamento ao credor originário, aquele estará liberado da obrigação, pois não poderá ser responsabilizado pela desídia do adquirente do crédito, cessionário.

Por sua vez, em caso de mora ou inadimplemento do fiduciante, o novo fiduciário poderá tomar as providências necessárias para constituição do devedor em mora, consolidação de propriedade e venda em leilão, sem qualquer restrição.

Considerando os longos prazos dos contratos imobiliários, é possível que o devedor fiduciante tenha interesse em mudar de localidade, em razão da alteração do local de trabalho, ou mesmo, buscar um imóvel maior, capaz de acolher toda a sua família, ou ainda, em decorrência de sua capacidade de pagamento, decidir vender, em linguagem coloquial, o ágio do imóvel.

No caso de cessão de posição de credor decorrente de contrato com alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, salvo raríssimas exceções, a cessão será onerosa e a solvência do fiduciante deverá ser objeto de ajuste entre o cedente e o cessionário. Caso não haja pactuação nesse sentido, aplica-se a regra geral do art. 296 do CC, que é do cedente não responder pela solvência do devedor.

Por outro lado, poderá o devedor fiduciante transmitir o seu direito expectativo, mas, para tanto, necessitará da anuência do credor, sob pena de valer apenas entre o cedente e o cessionário.

Nesta situação, a anuência do credor se justifica, uma vez que será necessário promover uma análise da capacidade de pagamento do pretense adquirente do direito expectativo, a fim de apurar se este tem condições de honrar as obrigações que anteriormente estavam sob a responsabilidade de outrem.

Diferença substancial ocorre quanto à incidência de imposto de transmissão, quando a cessão é realizada pelo fiduciário e quando é concretizada pelo fiduciante.

Na cessão do crédito pelo fiduciário, que será acompanhada da garantia fiduciária, não haverá incidência de imposto de transmissão, uma vez que a propriedade transferida tem o escopo de garantia, o que remete a exceção contida na parte final do art. 156, inciso II, da Constituição Federal⁷⁷.

Uma vez configurado o inadimplemento do fiduciante, o novo credor fiduciário, da

⁷⁷ II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

mesma forma que o originário, deverá promover o recolhimento do imposto de transmissão para que a propriedade seja consolidada em seu nome.

Por outro lado, na cessão do direito expectativo do fiduciante, haverá incidência de imposto de transmissão, já que o cessionário, novo fiduciante, assume aquela posição que era do devedor fiduciante originário, recebendo um direito real.

Se não incidisse o imposto, no caso de cessão do fiduciante, e a avença fosse cumprida integralmente pelo novo fiduciante, haveria o cancelamento da propriedade fiduciária, com o seu retorno, de forma plena, ao novo fiduciante, sem que ele tivesse promovido o recolhimento do tributo devido.

3.15 Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e o Código de Defesa do Consumidor

Pela definição de produto contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990⁷⁸, não há dúvidas de que o imóvel é assim considerado. Entretanto, não é aplicável o CDC a todos os contratos que envolvam a venda e compra de imóveis com a alienação fiduciária em garantia, pois não basta apenas analisar o objeto do contrato. É necessário que os outros requisitos estejam presentes, dentre os quais, a caracterização de consumidor e fornecedor mostra-se essencial.

A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis pode ser contratada por qualquer pessoa e em qualquer modalidade de crédito. Sendo assim, nos contratos em que não houver uma relação de consumo, firmado entre duas pessoas físicas para aquisição de um apartamento, por exemplo, não estarão presentes as figuras do fornecedor e do consumidor, logo, não caberá qualquer discussão fulcrada na norma consumeirista.

De outro lado, não há dúvidas de que nos contratos firmados entre o fiduciante e a instituição financeira⁷⁹, que lhe concedeu o crédito para aquisição, ou entre aquele e a construtora ou incorporadora do qual adquiriu o imóvel, há uma relação de consumo, razão pela qual o CDC deverá ser aplicado.

Em uma primeira análise, estritamente positivista, poder-se-ia pretender afastar a aplicação total do CDC aos contratos que estabeleçam a alienação fiduciária em garantia de

⁷⁸ § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 297, STJ. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

bens imóveis, conforme Lei nº 9.514/97, pelo simples fato de que, sendo as duas leis ordinárias, a primeira traz normas gerais e a segunda normas especiais sobre o tema em debate. Além disso, tem-se o aspecto temporal, visto que a Lei nº 9.514/97 é posterior ao CDC, motivo pelo qual, seguindo as regras de interpretação legislativa, a norma especial e posterior deveria ser aplicada.

Embora suscite a interpretação positivista das normas, Chalhub (2009, p. 268) acrescenta que os princípios gerais implementados pelo CDC, como a boa-fé contratual, igualmente repetidos pelo CC, devem sim ser observados em todos os contratos de consumo, inclusive naqueles que tratam de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

Discussões doutrinárias e jurisprudenciais mais efervescentes surgem do suposto conflito normativo que ocorre em razão do disposto no art. 53 do CDC, Lei nº 8.078/90, que assim está redigido:

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

O dispositivo transcrito explicitamente trata da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, mas em razão da limitação do tema, aborda-se somente a última modalidade.

A alienação fiduciária em garantia, como o próprio nome informa, trata de contrato acessório, com escopo de assegurar uma obrigação principal, que é o mútuo financeiro, ou seja, quando o credor empresta ao devedor determinada importância. De posse desses valores, o devedor poderá, por exemplo, adquirir o próprio imóvel que serve como garantia, situação mais usual, ou utilizá-lo para fomentar suas atividades empresariais. Em contrapartida, o credor exige a contratação de um pacto adjeto de garantia ao contrato de mútuo e concede ao devedor taxa de juros menores e prazo maior para pagamento. Pela definição do art. 586 do CC, “o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”. Sendo assim, no contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a obrigação do mutuário, denominado especificamente de devedor fiduciante, é a de promover a entrega do valor que recebeu do mutuante, credor fiduciário, tendo como garantia do cumprimento de tal obrigação, recebido a propriedade resolúvel de imóvel.

Portanto, o imóvel objeto da alienação fiduciária não é objeto do mútuo, mas sua garantia, razão pela qual Arruda Alvim afirma:

[...] admitir-se a devolução das parcelas pagas, seria o mesmo que se admitir que, num contrato de empréstimo bancário comum, fosse o Credor obrigado a devolver, na hipótese de inadimplemento do devedor, as quantias recebidas a título de amortização da dívida (ALVIM, 2011, p. 14). [sic].

Sem necessidade de outras digressões ou análises, conclui-se que o contrato que estabelecer a alienação fiduciária em garantia de imóveis, ao fixar cláusula eximindo o credor de repassar ao valor o montante superior ao valor da dívida e das despesas que o fiduciante tiver dado causa, contraria, não só o art. 53 do CDC, mas também o § 4º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, de forma que a cláusula será totalmente nula.

A norma que trata da alienação fiduciária não permite ao credor fiduciário permanecer com o imóvel nem vendê-lo pelo preço que melhor lhe convier, pelo contrário, obriga-o a vendê-lo por meio de leilão público e por valor mínimo equivalente ao imóvel (em primeiro leilão), e pelo valor da dívida e despesas (em segundo leilão). E mais, exige que o mesmo repasse ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias depois de realizado o leilão, o montante que superar o valor da dívida e das despesas que o fiduciante der causa.

Se no primeiro leilão o valor da venda for, no mínimo, o equivalente ao valor do imóvel, e este valor e sua correção tiverem sido estabelecidos pelas partes no momento da contratação, podendo ainda ser objeto de revisão a qualquer tempo pelos contratantes, não há como o devedor alegar prejuízo e ao credor ser imputado enriquecimento ilícito, já que o valor da garantia será recuperado integralmente, com a entrega do produto, superior à dívida e despesas, ao devedor.

No segundo leilão, altera-se o valor do lance mínimo, que passa a ser o somatório “do valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais” (§ 2º, art. 27, Lei nº 9.514/97), mas permanece a obrigação do credor em repassar o valor que for superior ao lance mínimo, de forma que também inexistirá enriquecimento sem causa do credor em detrimento do devedor.

E mais, caso não seja realizada a venda no segundo leilão, a dívida será considerada extinta, com a obrigação do credor em outorgar o termo de quitação necessário e entregá-lo ao devedor. Mesmo sendo autorizado por lei ao credor consolidar a propriedade plena de um imóvel que servia de garantia, haverá liberação do devedor quanto ao montante da dívida, ou seja, do mútuo financeiro do qual foi beneficiário.

Note-se que em nenhuma das três possibilidades o credor permanecerá com valor superior ao valor do crédito que concedeu, acrescido das despesas realizadas para constituição

do devedor em mora, realização do leilão e consolidação da propriedade.

Ainda, o CDC faz menção à cláusula contratual decorrente de acordo de vontades, enquanto a possibilidade do credor receber o imóvel objeto da garantia fiduciária decorre da própria Lei nº 9.514/97, sendo a origem do comando distinta.

Também quanto à forma de extinção do contrato, há diferenciação entre as duas normas em caso do inadimplemento do devedor, pois de acordo com a Lei nº 9.514/97, haverá a consolidação da propriedade em nome do credor com a extinção da dívida do devedor e propriedade fiduciária, ao passo que o art. 53 do CDC indica a necessidade do credor buscar a rescisão do contrato e a retomada do objeto.

De forma didática e esclarecedora, Arruda Alvim (2011, p. 18-19) delimita o tema, diferenciando a aplicabilidade da norma consumerista do sistema da Lei nº 9.514/97 nos seguintes termos:

Sublinhem-se os seguintes elementos nesse art. 53, para que possa o texto ser aplicado:

a) é necessária a existência de cláusula de perdimento do que houver sido pago;

b) essa cláusula é que, em face do art. 53, é nula;

c) na hipótese do art. 53 está suposta a resolução do contrato;

Ora, pelo sistema da Lei nº 9.514/97, de forma inteiramente diferente, e, absolutamente incompatível com os elementos constantes desse art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, temos que:

I) inexistente cláusula de perdimento do que houver sido pago, senão que, depois do primeiro leilão, cujo patamar de preço deverá ser igual ou superior ao valor do débito, é possível que haja retorno para o fiduciante (=devedor), do que sobejar; ou seja, se nesse leilão público for alcançada quantia superior ao valor da dívida, o excedente retorna ao devedor (=fiduciante);

II) ao lado de inexistir essa cláusula, o tema é diferentemente regulado em relação ao que dispõe o art. 53 CDC, ou seja, é a matéria disciplinada em lei (art. 27, §4º, Lei nº 9.514/97);

III) na disciplina da Lei nº 9.514/97 não há resolução de contrato, senão que, o inadimplemento do fiduciante (=devedor), conduz (a) à consolidação da propriedade em mãos do credor; e (b) à extinção do financiamento;

IV) o art. 53 do CDC pressupõe rescisão, ao passo que a Lei nº 9.514/97, a consolidação da propriedade, em mãos do credor, pressupõe a extinção do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel.

Ao apreciar o AI nº 932750 – SP, o Min. do STJ, Hélio Quaglia Barbosa, deferiu a devolução do valor correspondente a 25% (vinte e cinco por cento), comumente utilizado por aquele Tribunal para os casos em que se aplica o art. 53 do CDC, do montante pago pelo devedor fiduciante, quando houver rescisão do contrato em razão de seu inadimplemento.

Posteriormente, ao apreciar agravo regimental contra sua decisão, reconsiderando seu posicionamento, sustentou que não havia que se falar em devolução, já que a regra específica da Lei nº 9.514/97 não estabelecia dessa forma e assegurava ao fiduciante o direito ao recebimento da diferença entre o valor da venda do imóvel em leilão e o valor total do seu

débito.

Constata-se assim, que o art. 53, do CDC, não poderá ser aplicados indistintamente aos contratos que fixem a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, sendo necessário haver um diálogo das fontes, conforme ensina Lima (2009, p. 198), para que a solução seja compatível com as especificidades do contrato, sendo claro que, se houver alguma violação de direito pelo fornecedor o consumidor poderá valer-se de todos os meios legais com a finalidade de fazer cessar tal violação.

CONCLUSÃO

Como visto, na alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, o credor fiduciário detém a propriedade resolúvel e a posse indireta do imóvel, limitada aos termos do contrato, enquanto o devedor fiduciante é o possuidor direto da coisa, podendo dela fazer livre uso, enquanto adimplente com as suas obrigações.

Apontou-se que na alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, a garantia é constituída sobre coisa própria do credor, embora o devedor fique com a posse direta, e nas outras garantias reais, hipoteca, penhor e anticrese, a propriedade é do devedor ou de terceiro, mas nunca do credor.

Em razão dessa distinção, em se tratando de alienação fiduciária, cria-se o patrimônio de afetação, pois o bem, os direitos e as obrigações dele decorrentes não serão atingidos pela falência, insolvência, recuperação judicial ou mesmo execução, quer seja do credor fiduciário, quer do devedor fiduciante. A garantia se mantém intocável.

Assim, se a insolvabilidade for do credor, o devedor deverá continuar a cumprir a sua parte na avença, e o administrador da massa concorrential, ou o credor do credor fiduciário, é que dará destinação aos valores recebidos, observando estritamente o que foi contratado. Por outro lado, se o devedor incorrer em uma das formas de execução e, por deixar de promover o pagamento das prestações ajustadas, o credor permanecerá com o direito à retomada, venda e imissão na posse do imóvel que era objeto da garantia.

Enquanto o devedor estiver promovendo o pagamento do que foi ajustado, o credor

pouco ou quase nada tem a fazer, a não ser receber o valor e respeitar os termos do contrato, especialmente a posse direta do devedor. Uma vez cumprida a obrigação, o credor deve entregar o termo de quitação ao devedor, para cancelamento da inscrição da propriedade fiduciária; se não o fizer, estará sujeito à multa e a obrigação de fazer consistente em declaração de vontade.

Contudo, quando o devedor deixar de promover o pagamento das prestações a que se comprometeu, o credor poderá tomar medidas extrajudiciais no sentido de constituí-lo em mora, consolidar a propriedade do imóvel e promover a sua venda em leilão. Tais procedimentos, por serem realizados extrajudicialmente, são muito mais céleres do que os procedimentos judiciais que tenham o mesmo objetivo, mas não há vedação para que o credor opte pelos procedimentos judiciais.

Como garantia à observância dos procedimentos extrajudiciais que devem ser realizados, a Lei nº 9.514/97, em seu art. 27, § 6º, impõe a extinção da dívida do devedor fiduciante em caso da venda do imóvel não ocorrer em leilão. Ou seja, se por um lado a lei permite ao credor utilizar procedimentos extrajudiciais para constituição em mora, consolidação e venda do imóvel, impõe-lhe a extinção da dívida e a vedação a qualquer cobrança suplementar após a realização de dois leilões frustrados, o que não ocorre em outros tipos de contrato, ou quando o procedimento de execução é realizado judicialmente, em que o devedor, mesmo depois de ter o imóvel leiloado, ainda permanece com o saldo devedor do contrato.

Por outro lado, havendo adimplemento da obrigação pelo devedor fiduciante, este receberá, independentemente da manifestação do credor fiduciário, em seu patrimônio, o bem que era objeto da garantia, sendo que para efeitos de baixa na garantia real, terá o credor fiduciário o prazo de 30 (trinta) dias para entrega do termo de quitação, sob pena do pagamento de multa pelo seu atraso.

Sendo assim, aquele que persegue a aquisição de um imóvel por meio de um contrato que utiliza a alienação fiduciária como garantia real, tem a certeza de que, ao final da avença, a propriedade lhe será conferida sem necessidade de buscar, administrativa ou judicialmente, exceto se o credor fiduciário se recusar a entregar o termo de quitação para que se promova o cancelamento da propriedade fiduciária, a declaração de que aquele bem lhe pertence e que sobre o mesmo não incide qualquer ônus.

Os agentes financeiros, responsáveis pela maior parte dos valores emprestados para aquisição de imóveis, trazem consigo a certeza de que, uma vez não cumprido o que foi pactuado pelo devedor fiduciante, poderão dispor de meios rápidos e eficazes na consolidação

da propriedade, venda do bem e imissão na posse.

Da mesma forma, as construtoras e as incorporadoras que contratam vendas com alienação fiduciária em garantia, terão a mesma segurança que os agentes financeiros, além da possibilidade de negociar com estes a venda de suas carteiras imobiliárias e, com os valores amealhados com essa operação, dedicar-se à construção de novas unidades.

A segurança jurídica para as partes envolvidas, além de trazer maior rapidez às operações, faz com que mais empresas e pessoas interessem-se pelo mercado imobiliário; com mais concorrência, as taxas de juros e condições de financiamento tendem a ser mais favoráveis aos tomadores dos empréstimos.

Demonstrou-se também, ao longo do trabalho, que a hipoteca mantém-se em vigor e poderá ser utilizada nas operações imobiliárias. Embora alguns autores tenham pesadas críticas a ela, o que se verificou é que a hipoteca tem sua utilidade e funcionamento bem regulados, sendo que as críticas são dirigidas aos procedimentos para cobrança e retomada do imóvel que a tem como garantia real, e não aos seus fundamentos. Dessa forma, caso se pretenda aprimorar a hipoteca, será necessário melhor aparelhar o Poder Judiciário e alterar alguns procedimentos, fixando prazos mais exíguos quanto à retomada do imóvel, de forma a não permitir que as demandas judiciais se arrastem por vários anos sem qualquer pagamento por parte do devedor.

Assim, por tudo que restou exposto, verificou-se que a alienação fiduciária em garantia consiste na garantia real que mais comporta os anseios das partes contratantes no que tange à segurança jurídica, sendo ferramenta hábil para a redução do déficit habitacional brasileiro, além de fomentar todo o mercado imobiliário, razão pela qual ela deverá ser utilizada, quase que exclusivamente, para os contratos de financiamento nesse setor.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALBUQUERQUE, J.B. Torres de. *Da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis. Doutrinas – Pareceres – Prática – Jurisprudência – Legislação*. São Paulo: AEA Edições Jurídicas, 1998.

ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. rev., atual. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ALVIM, J. M. Arruda. *Análise geral do sistema de direito positivo da alienação fiduciária de Imóveis. Sistema da Lei 9.514/97. Da não aplicabilidade do Art. 53, CDC*. In: ABECIP. Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança. *Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor*. Disponível em: <<http://www.abecip.org.br>>. Acesso em: 26 de julho de 2011.

ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro da Habitação: uma análise sócio-jurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. Curitiba: Juruá, 1999.

BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: doutrina, prática e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

_____. Lei nº 4.728 de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

_____. Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Ministério da Fazenda – MF.

_____. Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. Legislativo. Congresso Nacional – CN.

_____. Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

_____. Lei nº 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, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.

_____. Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

_____. Lei nº 11.481 de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis nº 9.636, de 15 de maio de 1998, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, e nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, nº 1.876, de 15 de julho de 1981, e nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências.

_____. Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2007. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

CAVALCANTI, Fransisco. MISUMI, Jorge Yoshio. *Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio fiduciário*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *TRUST – Perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CIBRASEC, Companhia Brasileira de Securitização. Disponível em: <<http://www.cibrasec.com.br/>>. Acesso em: 25 de agosto de 2011.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia: (Doutrina e jurisprudência)*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri: Manole, 2004.

ESPARZA, Gustavo Américo. *El Fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá*. Buenos Aires: Gowa, 2006.

FABIAN, Christoph. *Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris., 2007.

FACHIN, Odília. *Fundamentos de Metodologia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia: Das bases romanas à lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Iniciação à pesquisa no direito : pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV PROJETOS. *O crédito imobiliário no Brasil – Caracterização e desafios*. São Paulo, março de 2007.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HALFELD, Mauro. *Seu imóvel: como comprar bem*. São Paulo: Fundamento Educacional, 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LIMA, Otto de Sousa. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação fiduciária da Lei nº 9.514, de 20-11-1997*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊIA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NETO. Eduardo Salomão. *O Trust e o direito brasileiro*. – São Paulo: LTr, 1996.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*. - 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Propriedade fiduciária imóvel - Nas modalidades de financiamento mercadológico e autofinanciamento consorcial e transmissão dos novos direitos fiduciários e seus reflexos na recuperação judicial ou falência*. - Malheiros, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade *Código Civil anotado e legislação extravagante: atualizado até 2 de maio de 2003*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OPTIZ, Oswaldo; OPTIZ, Silvia. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PACHECO, Silva. *Questões de direito imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PASSOS, Tatiana. *Registro de Imóveis para Profissionais do Direito: Guia prático para o cotidiano jurídico-imobiliário-registral*. – 2ªed. Campinas: Russel Editores, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 15. ed. Rio de Janeiro: 2004.

PONTES DE MIRANDA, Fransisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXI. Rio de Janeiro: 1954. p. 333.

REIMER, Ivoni Ritcher. *Como fazer trabalhos acadêmicos*. 2. ed. rev. Goiânia: UCG, São Leopoldo: Oikos, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos – Lei 10.406, de 10.01.2002*. 6. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1293 -1363.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito das coisas*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, Luiz Augusto Beck da. *Alienação fiduciária em garantia : história, generalidades, aspectos processuais, ações, questões controvertidas, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia (Lei nº 9.514/97, primeiras linhas)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 3. v.

_____. *Direito civil : direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 5. v.

_____. *Direito civil : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 2002. 2.v.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 13. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 310-316.

ANEXO

Exposição de Motivos da Lei nº 9.514

Excelentíssimo Senhor Presidente da República:

Temos a honra de submeter à elevada consideração de vossa Excelência projeto de lei que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

I. Antecedentes

1. Até 1964, o financiamento imobiliário esteve fortemente limitado pela ausência de mecanismos que assegurassem a manutenção do valor real dos créditos concedidos. Os efeitos corrosivos da inflação sobre as prestações e saldos devedores dos financiamentos chegaram ao ponto de impedir a reaplicação de recursos no setor.

2. Parte dessas dificuldades foi superada pela criação, naquele ano, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), acompanhada da introdução da correção monetária. Estabeleceu-se assim um arcabouço jurídico-institucional que incluía o Banco Nacional da Habitação (BNH), as sociedades de crédito imobiliário e as associações de poupança e empréstimo e foram previstas fontes de recursos próprias para o sistema - a caderneta de poupança e os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). A instituição do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), em 1967, para garantir ao mutuário a quitação de sua dívida ao final do prazo contratual, veio completar esse arcabouço.

3. Esse conjunto de medidas, num ambiente de inflação baixa e crescimento econômico acelerado, resultou em rápido incremento do financiamento habitacional. No final da década de 1970, porém, o SFH começou a perder fôlego, fenômeno que se intensificou a partir de 1983. Por seus efeitos negativos sobre a renda e o emprego, a aceleração inflacionária, somada a sucessivas medidas que acentuaram o descompasso entre os reajustes das prestações e dos saldos devedores, acabou por desequilibrar o sistema de modo grave, senão irremediavelmente.

4. Do lado das fontes de recursos, a caderneta de poupança passou a enfrentar a competição cada vez mais acirrada da indústria de fundos de investimento, apresentando um comportamento menos dinâmico e mais volátil. Paralelamente, os novos depósitos do FGTS tornaram-se insuficientes para atender aos saques e ainda fazer novas aplicações.

5. Esse processo acabou por paralisar o financiamento a habitação e resultou em ônus fiscal que, só em seu governo, a União passou a enfrentar - a dívida do FCVS, desaguadouro dos desequilíbrios crescentes do sistema atual. Aliás, convém registrar que as contribuições dos mutuários ao FCVS mostraram-se muito aquém das necessidades do Fundo, não obstante as medidas adotadas desde 1986 para o aumento das contribuições e a redução de sua dívida.

II. Razões da criação do Sistema de Financiamento Imobiliário -SFI

6. Embora o SFH tenha financiado, desde sua criação, cerca de 6 milhões de unidades residenciais, é patente o esgotamento do atual sistema. O número de unidades financiadas pelo SFH nos últimos anos tem sido, em média, menor que 100.000 por ano, número muito inferior à demanda por novas moradias, estimadas em torno de 1 milhão de unidades residenciais.

7. Como tem salientado reiteradamente Vossa Excelência, este governo tem um compromisso com o atendimento da demanda por moradias, bem como a geração de empregos e o crescimento econômico em bases auto-sustentáveis.

8. A esse respeito, ressalta-se o grande efeito multiplicador que a indústria da construção civil tem na economia como um todo. Essa indústria tem participação equivalente a 8% no pm, sendo metade dessa participação referente à construção de imóveis residenciais e não residenciais. É ademais responsável por 66% dos investimentos totais do país. Além disso, responde por nada menos de 4 milhões e quatrocentos mil empregos na economia formal. Esses números permitem aquilatar os efeitos sobre o investimento, renda e emprego que resultariam da reconstrução dos mecanismos de financiamento ao setor.

9. Com a consolidação em curso da estabilização macroeconômica e o crescimento populacional, vem aumentando não só a demanda por imóveis residenciais, mas também por imóveis não residenciais, sobretudo nos centros urbanos maiores. São necessidades variadas: mais escolas, hospitais, consultórios médicos, shopping centers, etc. Adicionalmente, a terceirização da economia faz crescer o número de empresas de pequeno e médio portes, que necessitam de instalações e reformas para seu funcionamento.

10. A análise da experiência de vários países mostra que o crescimento do financiamento habitacional está intimamente ligado à existência de garantias efetivas de retorno dos recursos

aplicados, liberdade na contratação das operações e um mercado de crédito imobiliário dinâmico, capaz de canalizar recursos de longo prazo.

11. Em face, pois, do compromisso social do governo de Vossa Excelência e da demanda crescente por imóveis residenciais e não residenciais, sinal antecedente de um novo ciclo de expansão econômica, torna-se premente a reconstrução, em novos moldes, dos mecanismos de financiamento imobiliário.

III. O SFI e suas principais inovações

12. O presente projeto de lei orienta-se segundo as diretrizes de desregulamentação da economia e modernização dos instrumentos e mecanismos de financiamento à atividade produtiva. Seu objetivo fundamental é estabelecer as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento de um mercado de financiamento imobiliário, para o que se criam novos instrumentos e mecanismos que possibilitam a livre operação do crédito para o setor e a mobilização dos capitais necessários à sua dinamização.

13. Destaca-se a criação da figura de um novo título de crédito, característico e destinado as operações do mercado secundário. A criação da figura desse novo título vem acompanhada da definição das condições legais para a efetiva securitização de créditos imobiliários, previstos rigorosos mecanismos de segurança e proteção ao investidor. Dessa forma, abrem-se perspectivas inéditas para o funcionamento de um mercado secundário de créditos imobiliários e a estruturação de operações de captação de recursos capazes de robustecer grandemente o financiamento habitacional.

14. Em conformidade com os propósitos do projeto, são autorizadas a operar no sistema de financiamento imobiliário as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e outras entidades.

15. O funding primário para essas operações consistirá de recursos que as entidades mencionadas captam no mercado financeiro e de valores mobiliários, mediante instrumentos próprios, dentre os quais se incluem letras hipotecárias e debêntures. Essas entidades poderão realizar financiamentos imobiliários em geral, segundo condições de mercado, utilizando, para tanto, as modalidades contratuais já tipificadas no ordenamento civil e comercial.

16. As operações de financiamento serão livremente contratadas entre as partes e deverão apenas observar as seguintes condições mínimas: reposição integral do valor emprestado, remuneração do capital, capitalização dos juros e contratação de seguros considerados essenciais, como aqueles que garantem a liquidação do financiamento no caso de morte ou invalidez permanente do tomador do empréstimo.

17. Para alavancar o mercado secundário de créditos imobiliários, o projeto de lei ora apresentado define uma nova modalidade de empresa -a companhia securitizadora imobiliária, organizada sob a forma de sociedade por ações, segundo modelo adotado com sucesso em outros países. Essa companhia irá operar mediante aquisição de créditos imobiliários junto às empresas originadoras desses créditos, isto é, aquelas que operam na realização de empréstimos para a aquisição ou produção de imóveis. De posse desses créditos, a companhia irá securitiza-los, transformando-os em títulos a serem negociados nos mercados financeiro e de capitais. Para tanto, o projeto de lei prevê a criação de um novo título de crédito - o Certificado de Recebíveis Imobiliários.

18. O Certificado de Recebíveis Imobiliários - CRI, é um título de crédito nominativo, de livre circulação, lastreado em créditos imobiliários, que constitui promessa de pagamento em dinheiro. O CRI terá curso mediante registro em sistema centralizado de custódia e liquidação financeira de títulos privados.

19. Para maior segurança dos investidores, o presente projeto de lei faculta a utilização do regime fiduciário para os créditos e títulos do mercado secundário. Por esse regime, ao emitir uma série de títulos, a securitizadora atribuirá caráter fiduciário à propriedade sobre os créditos correspondentes. Pela fidúcia, os créditos serão excluídos do patrimônio comum da companhia securitizadora e passarão a constituir um patrimônio separado, com o propósito específico e exclusivo de responder à realização dos direitos dos investidores.

20. A fidúcia será formalizada no Registro de Imóveis, não podendo a securitizadora fazer uso dos créditos respectivos. Por segregados do patrimônio comum da companhia, estes não estarão ao alcance de nenhuma ação impetrada por credores. Nessas condições, os direitos dos investidores ficarão imunes aos efeitos de eventual insolvência da securitizadora.

21. Nessa modalidade de operação, atuará um agente fiduciário, com a função de proteger os direitos dos investidores, legitimado a praticar todos os atos para esse fim, inclusive

assumindo a gestão do patrimônio separado e dos respectivos créditos em caso de insolvência da securitizadora.

22. O projeto de lei ora apresentado cuida ainda das garantias e da simplificação formal das operações. A garantia poderá ser a hipoteca do imóvel objeto do financiamento, admitida a caução ou cessão fiduciária de direitos decorrentes de promessa de compra e venda de imóveis.

23. Além dessas garantias, o projeto de lei permite a aplicação, na negociação de bens imóveis, do contrato de alienação fiduciária, que já integra nosso ordenamento jurídico Quanto aos bens móveis. Reside aí a grande inovação: por oferecer segurança quanto à execução sem delongas da garantia, o contrato de alienação fiduciária constitui poderoso estímulo ao crédito, ao investimento nos Certificados de Recebíveis Imobiliários e portanto à aquisição e produção de imóvel mediante pagamento a prazo. Trata-se de verdadeira pedra angular do novo modelo de financiamento habitacional ora proposto.

24. Pelo contrato de alienação fiduciária, consoante a definição contida na Lei 4.728, de 1965 e no Decreto-Lei nº 911, de 1969, constitui-se em favor do credor uma propriedade resolúvel sobre o imóvel objeto do financiamento, prevista sua obrigação de transferir a plena propriedade do imóvel ao devedor, uma vez que este tenha resgatado a totalidade da dívida. Enquanto não o tiver feito, o devedor estará investido apenas na posse do imóvel. Ao quitar integral- mente a dívida, a propriedade plena lhe será transferida, bastando para tanto simples pedido de cancelamento do registro da fidúcia.

25. Essa modalidade de contrato concilia a segurança e celeridade necessárias, superando as formas obsoletas de garantia, que tornam os negócios imobiliários demasiadamente lentos e onerosos, tolhendo o potencial de expansão do setor.

26. Pelas razões apresentadas, estamos convictos de que o presente projeto de lei crie as condições para mobilizar volume crescente de recursos para o setor habitacional, com redução tendencial dos custos dos financiamentos, seja pela ampliação da oferta de imóveis, seja pela diminuição dos riscos implícitos na concessão de crédito. Estaremos assim atingindo três objetivos fundamentais do governo de Vossa Excelência, nomeadamente: geração de renda e empregos, ampliação do acesso da população à moradia e promoção do crescimento sustentado da economia.

Atenciosamente.

ANTÔNIO KANDIR

Ministro de Estado do Ministério do Planejamento e Orçamento

PEDRO MALAN

Ministro de Estado do Ministério da Fazenda