

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

DEBORAH ALVAREZ MENDES PINTO DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2019/ 1º SEMESTRE

DEBORAH ALVAREZ MENDES PINTO DA SILVA

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Prof. Dra. Daniela Barcellos**.

RIO DE JANEIRO
DEBORAH ALVAREZ MENDES PINTO DA SILVA

S257a

Silva, Deborah Alvarez Mendes Pinto da
Alienação Fiduciária em Garantia de Bens Imóveis/
Deborah Alvarez Mendes Pinto da Silva. -
Rio de Janeiro, 2019.
71 f.

Orientadora: Daniela Barcellos.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2019.
1. Direitos Reais; 2. Alienação Fiduciária de Imóvel; 3.
Fidúcia; 4. Contratos de Alienação Fiduciária.

2019/ 1º SEMESTRE

DEBORAH ALVAREZ MENDES PINTO DA SILVA

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Prof. Dra. Daniela Barcellos**.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Daniela Barcellos.

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2019/ 1º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Impossível não dedicar este trabalho àqueles cujo apoio foi imprescindível para que eu atingisse todos meus sonhos até o momento, meus queridos pais, o apoio de vocês é sempre fundamental. Sempre com vocês, tudo por vocês.

Ao meu irmão, você é uma motivação diária para eu encontrar sempre a minha melhor versão. Taita minha irmã, não poderia ter escolhido melhor que você. Obrigada pelo companheirismo.

Ao meu avô Amaury, a sua trajetória me emociona. Sempre me espalharei em você, obrigada por ter me ensinado valores tão importantes para o meu caráter.

Às minhas amigas Fabiana, Helena e Isabela que desde sempre estiveram ao meu lado, obrigada por vibrarem comigo.

Não apenas, ao concluir o trabalho que marca o fim da graduação, não posso me furtar em demonstrar minha gratidão aos amigos que encontrei durante esta trajetória na Nacional e aos professores, em especial à minha orientadora Daniela, por ser um exemplo de mestre.

Dedico também este trabalho à Flávia Vidigal, profissional que eu tenho e prazer de dividir a rotina de trabalho e me incentiva a seguir na carreira jurídica de forma honesta e incansável.

“A propriedade é o direito real mais amplo. Em seu âmbito exercemos, com algumas mitigações, o direito de usar, gozar, e dispor das coisas (ius utendi, fruendi et abutendi)”

Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil, 2016

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a lei de alienação fiduciária de bem imóvel e como esse instituto inovou a forma de garantia no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se expor os fatores que mostram a evolução histórica desse instituto chegando ao que temos hoje como modelo de garantia de alienação fiduciária. Para tanto, a primeira parte do trabalho busca demonstrar de forma histórica o instituto fiduciário ao longo do tempo, e as inspirações nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que serviram de inspiração para emplacar esse modelo no ordenamento pátrio. Em seguida, fasear-se-á uma análise sistemática do instituto da alienação fiduciária de imóvel como modelo de garantia, passando pelo seu conceito e natureza jurídica assim como os demais pontos relevantes do contrato e suas obrigações. A terceira parte busca analisar como o credor-fiduciário poderá promover o leilão público e como a lei estabelece esse processo. Por fim, se dedica a apontar como o direito do consumidor impacta nessa forma de contrato.

Palavras-chave: Direitos Reais; Alienação Fiduciária de Imóvel; Fidúcia; Contratos de Alienação Fiduciária.

ABSTRACT

The purpose of this work is the analysis of the fiduciary transfer of title to a real property law and how this institute renewed the constitution of guarantee in the Brazilian legislation. The intention is to expose the factors that allow to demonstrate the institute's historic evolution, reaching what we have today as a model of guarantee of fiduciary transfer. Therefore, the first part of this paper work seeks to demonstrate a historical point of view of the fiduciary institution over time, and the inspirations in the foreign legal systems that served as an inspiration to set this model in Brazilian jurisdiction. Next step, is a systematic analysis of the institute of fiduciary real property as a model of guarantee, going through its concept and legal nature as well as the other relevant points of the fiduciary agreements and its obligations. The third part seeks to analyze how the fiduciary-creditor can promote the public auction and how the law establishes this process. Finally, it focuses on how consumer law impacts on this form of agreement.

Key-words: Real rights; Fiduciary transfer of title to a real property; *Fidúcia*; Fiduciary transfer Agreements.

SUMÁRIO

RESUMO	9
INTRODUÇÃO	13
1. O INSTITUTO FIDUCIÁRIO	19
1.1. Garantia do Instituto Fiduciário.....	19
1.2. Elementos Históricos e Comparativos do Instituto Fiduciário.....	21
1.2.1 A Fidúcia no Direito Romano	22
1.2.2. O Penhor no Direito Germânico e sua Comparação com o Direito Romano	23
1.2.3 A Fidúcia no Direito Inglês	23
1.3. A Caracterização do Negócio Fiduciário no Direito Brasileiro.....	25
2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS.	31
2.1. Conceito e Caracterização da Alienação Fiduciária de Bem Imóvel:.....	32
2.2. Formas e Requisitos do Contrato de Alienação Fiduciária.....	36
2.2.1 Cessão da Posição Contratual.....	38
2.3 Direto e Obrigações das Partes Contratantes.....	41
2.4. Mora e Inadimplemento.....	43
3. LEILÃO	50
3.1. Procedimento de Realização do Leilão	50
3.2. Exoneração da Responsabilidade pelo Pagamento Integral da Dívida.....	54
3.3. Leilão de Dois ou Mais Imóveis Objeto de Alienação Fiduciária.....	57
3.4 Constitucionalidade dos Meios Extrajudiciais de Realização de Garantias	58
4. A GARANTIA FIDUCIÁRIA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	61
4.1 A Prevalência das Leis Especiais em Face do Código de Defesa do Consumidor	61
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

Este trabalho possui, como base, a análise do instituto da alienação fiduciária de bem imóvel, objeto da Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997, as suas repercussões jurídicas, econômicas e os principais impactos no mercado imobiliário. Além disso, um estudo da garantia fiduciária à luz dos princípios do Código de Defesa do Consumidor.

A questão crucial enfrentada pelo legislador pátrio se pautou em encontrar uma maneira de resolver o problema habitacional; fomentar o “falido” mercado imobiliário com investimentos, e, também, encontrar meios capazes de garantir ao investidor a segurança e a rapidez na recuperação de seu crédito. Foi exatamente o que alcançou o legislador com a elaboração da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. Visando promover o financiamento imobiliário em geral, trouxe, em seu bojo, um instrumento útil a esse propósito, que é a alienação fiduciária de bem imóvel em garantia. Por intermédio desse novo instrumento é possível oferecer ao credor uma garantia que lhe dê a certeza da recuperação rápida do capital investido que, por sua vez, retornará ao mercado para dar impulso ao círculo virtuoso de geração de novos negócios e, de forma secundária, respeitar o comando constitucional de acesso à moradia.

A alienação fiduciária em garantia passou então a ter uma grande relevância no cenário jurídico e econômico brasileiro, e, desde que criada, essa espécie de garantia passou a ser uma das garantias preferidas tanto dos credores quanto dos devedores de maneira geral, algumas características dessa garantia fazem com que ela seja tão atraente para as partes. Por parte do credor por exemplo, a sua agilidade na execução comparada à hipoteca, em caso de inadimplência do devedor é o que atrai o devedor optar por essa garantia. Já pelo lado do devedor, quando comparamos a garantia de alienação fiduciária a outras formas de garantia ela também é mais vantajosa já que é mais barata que um seguro fiança por exemplo. O devedor nesses contratos são o lado mais fraco da relação e tendem a ser hipossuficiente, dessa forma o instituto da alienação fiduciária surgiu como uma forma viável de garantia.

Para entender o contrato da alienação fiduciária e como esse instituto de garantia surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se analisar primeiramente o instituto fiduciário isoladamente e sua evolução ao longo do tempo, fazendo uma análise comparativa do instituto no âmbito do direito romano, direito germânico e finalmente no direito inglês e como esses direitos estrangeiros influenciaram o ordenamento jurídico pátrio.

A lei de alienação fiduciária de bem imóvel inovou o método de garantia existentes até então no ordenamento jurídico brasileiro, promovendo um contrato sólido e eficaz. Essa espécie de garantia era exatamente o que os negócios imobiliários precisavam para que fosse possível uma maior celeridade e fluidez no mercado imobiliário nacional. Isso porque até então a garantia mais sólida era a hipoteca, que é uma linha de crédito pouco rentável e não gera segurança jurídica que o mercado imobiliário necessita, visto que quando o devedor hipoteca seu imóvel para conseguir o crédito, esse imóvel permanece no nome do devedor, dificultando ao credor a tomada do bem caso se faça necessária. Já a alienação fiduciária do imóvel o processo de retomada do imóvel é muito mais simples, isso porque conforme será analisado, o credor tem a posse indireta do bem.

O conceito de alienação fiduciária de acordo com Scavone, é definido como “o negócio mediante o qual o devedor, transmite a propriedade imobiliária ao credor, em garantia da dívida assumida pela aquisição do imóvel”¹. Cumpre salientar, que o legislador buscou, com a implementação desta lei, suprir uma lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro em relação as garantias de coisa imóvel, que antes a como a hipoteca, principal meio de garantia real utilizada nas transações imobiliárias para assegurar ao credor segurança no recebimento do seu crédito.

Na alienação fiduciária, o devedor (fiduciante) transmite ao credor (fiduciário) propriedade imobiliária resolúvel em garantia de dívida assumida, assim, percebe-se, que o credor recebe a propriedade sobre o bem dado em garantia, mas não de forma plena. Em linhas práticas, o bem

¹ SCAVONE, Luiz Antonio Junior. **Direito Imobiliário – Teoria e Prática**. 10º ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 542.

dado em garantia passa a ter dois proprietários, um com direito à propriedade chamada fiduciária (o credor), e outro com a propriedade fiduciante (o devedor). Dessa maneira, nenhum deles tem a propriedade plena sobre o bem, o qual fica destacado ao atendimento específico da garantia. O devedor-fiduciante tem a posse direta do bem enquanto o credor-fiduciário possui de forma indireta o imóvel.

Por essa característica, o instituto se tornou uma modalidade de garantia com grande segurança jurídica e frequentemente utilizada para operações imobiliárias, uma vez que o bem deixa de integrar de modo pleno o patrimônio do devedor, de modo a beneficiar as condições de concessão de crédito em geral. A entrada dessa modalidade de garantia trouxe para as operações imobiliárias o dinamismo o mercado precisava.

A lei definiu o instituto como “*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*”².

Em relação à sua natureza jurídica, trata-se de direito real de garantia³. É ato jurídico sob condição resolutiva, nos termos dos arts.127 e 1.359 do Código Civil⁴, de modo que o credor tem a posse direta do imóvel até que o evento futuro e incerto ocorra, como por exemplo, caso o mesmo se torne inadimplente. A propriedade fiduciária é um direito real, mas que acaba sendo limitado às restrições impostas pela lei de alienação fiduciária, nas palavras de Sílvio Venosa:

A alienação fiduciária em garantia, introduzida originalmente em nossa legislação para dar substrato aos contratos de financiamento de bens móveis e duráveis,

²BRASIL. Lei no 9.514 de 20 de novembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1997, retificado em 24 nov. 1997.

³ANDRADE, José Alfredo Ferreira de. **Da alienação fiduciária em garantia**, São Paulo, Livraria e editora universitária do direito, 1970, p. 26.

⁴BRASIL. **Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

inseriu em nosso ordenamento mais um direito real de garantia, que se agrega ao rol já existente, com características próprias.⁵

Essas limitações, no que tangem ao direito de posse é exatamente o que proporciona a segurança jurídica que essa garantia oferece. Isso porque, o instituto da alienação fiduciária difere da propriedade plena, segundo a qual se caracteriza pela perpetuidade e pela atribuição de todos os direitos sobre a substância e utilidade do bem, que asseguram ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor. O devedor-fiduciante não possui essa propriedade plena do imóvel, ele tem uma posse direta sobre o imóvel, mas não pode por exemplo dispor do bem sem a anuência do credor-fiduciário, que detém a posse indireta do bem

Depois de analisadas todas as características do instituto fiduciário ao longo da história, deve-se analisar o instituto da alienação fiduciária em garantia de imóvel, observando todas as particularidades do contrato de alienação fiduciária e as obrigações que as partes assumem ao firmar esse contrato.

Antes de compreender de forma mais profunda o contrato de alienação fiduciária, interessante esclarecer sobre os princípios que regem essa garantia e destacamos a importância do princípio da publicidade sob a ótica do contrato de alienação fiduciária. Haja vista que a Lei de Alienação Fiduciária prevê que a propriedade fiduciária só é constituída mediante o registro do contrato na matrícula do imóvel perante o Registro de Imóveis competente.

A abordagem do estudo do contrato de alienação fiduciária será delimitada pela análise do conceito e caracterização do contrato, as obrigações das partes ao assumir o contrato e como a Lei da Alienação Fiduciária e a jurisprudência se posicionam nos casos de mora ou inadimplemento da obrigação.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais** – 16^o ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 437.

Em relação ao inadimplemento da obrigação, depreende-se uma atenção especial ao estudo do leilão público. O leilão ocorre caso o devedor-fiduciante não cumpra com a sua obrigação de pagamento. O credor-fiduciário então em conformidade com todo o processo já definido de forma clara na lei de alienação fiduciária e que será detalhadamente explicado, poderá iniciar o processo de intimação do devedor-fiduciante para purgação da mora para restituição do imóvel ao credor. De acordo com o Código Civil, no art. 394 e art. 397:

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

[...]

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. (BRASIL. **Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019).

Sendo assim, pode-se definir que o devedor-fiduciante ao ficar inadimplente é constituído em mora o fiduciante, e consolidar-se-á, nos termos da lei de alienação fiduciária, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Uma vez consolidada a propriedade em nome do fiduciário, este deverá promover o leilão público para venda do imóvel. Um capítulo será dedicado exclusivamente sobre como a lei estabeleceu os critérios para realização desse leilão público.

Por fim, faremos um estudo sobre a aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos de financiamento imobiliários garantidos pela alienação fiduciária. Será analisado o posicionamento da doutrina e jurisprudência à luz dos princípios do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, por se tratar de um tema extenso e bastante relevante, os objetivos essenciais estão concretizados na tentativa de evidenciar algumas questões polêmicas tanto na doutrina quanto na jurisprudência relativas à alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. Abordaremos para os que reputam o instituto prejudicial ao fiduciante/devedor, em geral consumidor pessoa física, essa estrutura infringiria o ordenamento preceituado no Código de

Defesa do Consumidor, averiguando assim, a aplicabilidade do artigo 53 da Lei n. 8.078/1990 aos negócios regidos pela Lei da Alienação Fiduciária questões que serão tratadas mais adiante.

A metodologia utilizada para elaboração do estudo foi através do “estado da arte”, essa metodologia nas palavras de Romanowski é:

Os estudos realizados a partir de uma sistematização de dados, denominada ‘estado da arte’, recebem esta denominação quando abrangem toda uma área do conhecimento, nos diferentes aspectos que geraram produções [...] O estudo que aborda apenas um setor das publicações sobre o tema estudado vem sendo denominado de ‘estado do conhecimento’⁶.

Dessa forma, buscamos diversas informações sobre o tema em doutrinas, artigos científicos, jurisprudência e coletas de reportagens, fazendo um levantamento dos dados e analisando o instituto da alienação fiduciária no ordenamento jurídico, destacando aspectos relevantes do tema.

⁶ ROMANOWSKI, Joana Paulin; ENS, Romilda Teodora. **As pesquisas denominadas do tipo "estado da arte" em educação.** Revista Diálogo Educacional, Curitiba: PUC-PR, vol. 6, n. 19, set. /dez., 2006, p. 37-50. Disponível em: < <https://alfabetizarvirtualtextos.files.wordpress.com/2011/08/as-pesquisas-denomina-das-do-tipo-estado-da-arte-em-educac3a7c3a3o.pdf> > Acesso em 26/06/2019.

1. O INSTITUTO FIDUCIÁRIO

1.1. Garantia do Instituto Fiduciário.

Em uma relação obrigacional, a garantia é o meio jurídico que assegura o direito subjetivo das partes. Essa relação protege o direito contra qualquer lesão que possa surgir de alguma inexecução pelo devedor e abrange duas espécies: pessoal e real.

A garantia pessoal, também chamada de relativa, é pouco eficaz em relação a segurança do cumprimento obrigacional. Isso porque, na garantia pessoal quem se responsabiliza pelo cumprimento da obrigação caso o devedor não cumpra é um terceiro. A garantia real, por outro lado, vincula um bem do devedor ao pagamento da dívida, inclusive esse ato poderá ser erga omnes.

Dessa forma, os direitos reais de garantia, ao possuírem eficácia erga omnes limitam o exercício do poder fático sobre algo. A figura entre o proprietário e a coisa um outro sujeito de direito a exercer faculdades sobre o bem, afastando a plenitude do direito real de propriedade do proprietário e limitando o exercício de suas faculdades.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves direito real de garantia é:

Direito real de garantia é o que confere ao credor a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Sua função é garantir ao credor o recebimento da dívida, por estar vinculado determinado bem ao seu pagamento. O direito do credor concentra-se sobre

determinado elemento patrimonial do devedor. Os atributos de sequele e preferência atestam sua natureza substantiva e real.⁷

As espécies de direito real previstas no direito brasileiro são: a hipoteca, o penhor, a anticrese e a propriedade fiduciária.⁸ Esses direitos reais de garantia são regidos pelos princípios da tipicidade, especialidade, publicidade e indivisibilidade.

O princípio da tipicidade, nada mais é do que um princípio taxativo, significa dizer que não há direitos reais diferentes dos previstos em lei. Desse modo, pode-se entender também que não existe autonomia de vontades para criação de um tipo de garantia. É o que chamamos de direitos *numerus clausus*, ou seja, só existem as hipóteses que a lei determina, conforme falado por Santiago Dantas.⁹

A especialidade surge no momento de identificação do bem objeto da garantia, essa identificação precisa seguir alguns requisitos previstos nos artigos 1.362 e 1.424 do Código Civil¹⁰.

Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterà:

I - o total da dívida, ou sua estimativa;

II - o prazo, ou a época do pagamento;

III - a taxa de juros, se houver;

IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – volume V**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 491.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais** – 16^o ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 568.

⁹ DANTAS, San Tiago. Programma, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – volume V**, p. 17.

¹⁰ BRASIL. **Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

[...]

Art. 1.424. Os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia:

I - o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo;

II - o prazo fixado para pagamento;

III - a taxa dos juros, se houver;

IV - o bem dado em garantia com as suas especificações.

A especialidade é um princípio importante, visto que, a garantia real recai sobre o bem do patrimônio do devedor, sendo necessário sua identificação de forma correta para que ele deixe de ser garantia de todos e passe a ser de um único credor.

No que diz respeito ao princípio da publicidade, é essencial para constituição da garantia de forma erga omnes que o registro se torne público. Desse modo, a garantia real precisa ser registrada no respectivo registro ou cartório para que ocorra a efetivação da garantia¹¹.

1.2. Elementos Históricos e Comparativos do Instituto Fiduciário.

A origem da alienação fiduciária não é um consenso entre a doutrina brasileira. Desse modo, para a completa compreensão desse instituto, primeiramente, serão analisadas as modalidades da fidúcia de origem no direito romano, passando para o estudo do penhor germânico e, por fim, do *mortgage* e *trust* do direito anglo-saxônico.

Após a análise do desenvolvimento histórico até o conceito de negócio fiduciário atual, será analisada a introdução da garantia fiduciária no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente quanto à alienação de bens móveis e finalmente acerca da evolução legislativa do instituto que

¹¹ ALVIM, Arruda, Breves anotações, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – volume V**, p. 14.

ampliou a garantia aos bens imóveis, indicando a dimensão do instituto da fidúcia no tempo e no espaço.

1.2.1 A Fidúcia no Direito Romano

A fidúcia no direito romano baseava-se na fonte dos negócios fiduciários que conhecemos e era empregada nas relações sociais, ou seja, uma convenção pela qual o fiduciário, tendo recebido do fiduciante a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-lo uma vez alcançado determinado fim.

As principais fontes de direito romano para esse assunto encontramos o registro da existência de duas espécies de fidúcia: a fidúcia *cum creditore* e a fidúcia *cum amico*. A primeira o devedor vendia o bem ao credor sob a condição de recuperá-lo, era a garantia do pagamento da dívida. Já o segundo, o proprietário transferia um bem de sua propriedade para uma pessoa com o intuito de preservação e administração desse bem, não tendo nenhuma finalidade em garantir crédito.

Nas palavras de Pontes de Miranda, “*o traço em comum dessas duas modalidades era a efetiva transferência do bem, com a ressalva que essa transferência estava condicionada ao cumprimento de algo pactuado entre as partes, sendo, portanto, um ato solene.*”¹² É válido ressaltar que a responsabilidade do fiduciário estava sujeita a uma ação pessoal, e que o devedor-fiduciante é na verdade quem poderia sofrer os riscos de insolvência do fiduciário.

¹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 430.

Desse modo, percebe-se que o elemento essencial para o pacto fiduciário é a boa-fé. Em síntese, a fidúcia é o contrato pelo qual o fiduciário recebe do fiduciante a propriedade de uma coisa infungível, obrigando-se, de acordo com o estabelecido num pactum oposto ao ato de entrega, a restituí-la ao fiduciante, ou dar-lhe determinada destinação. Trata-se de contrato real, bilateral, imperfeito, de boa-fé. Os requisitos da fidúcia são a entrega da coisa ao fiduciário e o acordo de vontade pelo qual o fiduciário se obriga a restituí-la, esse acordo é o *pactum fiduciae*.

1.2.2. O Penhor no Direito Germânico e sua Comparação com o Direito Romano

As soluções jurídicas para modalidade da fidúcia nos países atuais são diferentes. No direito germânico é no penhor da propriedade que se encontram os traços característicos da transmissão fiduciária. Desse modo, o devedor transferia ao credor a propriedade da coisa, mas com ele celebrava um pacto adjeto que tornava condicional aquela transmissão. Mesmo que a fidúcia do direito germânico tivesse suas raízes no instituto do direito romano, eles não se confundiam.

A principal diferença entre a fidúcia romana e a fidúcia do direito germânico era que conforme apresentado no direito romano o poder jurídico conferido ao fiduciário era ilimitado, embora se comprometesse a restituir a coisa transmitida tão logo fosse cumprida a obrigação do devedor. Já no direito germânico a propriedade é dada em garantia sob condição resolutiva, quando cumprida, o bem retornava ao antigo proprietário. Sendo, portanto, a propriedade transmitida ao fiduciário limitada e relativa.

1.2.3 A Fidúcia no Direito Inglês

Primeiramente, no direito inglês, a fidúcia se dava pelo *mortgage*, que consistia na transmissão da propriedade com a escopa da garantia.

Em um primeiro momento, será analisada a estrutura do *mortgage* como, um negócio jurídico que tem como antecedente lógico um vínculo obrigacional entre o fiduciante e o fiduciário, no qual o fiduciante tinha a qualidade de devedor da prestação e o fiduciário de credor, sendo essa obrigação que se tratava de garantir.

Desse modo, esse instituto se assemelha estruturalmente com o instituto do direito romano apresentado anteriormente: *fidúcia cum creditore*. Já que retratavam um contrato real de transferência de propriedade de uma coisa do fiduciante ao fiduciário, subordinado à um contrato. Porém o instituto do *mortgage* possuía uma característica própria: o direito do fiduciário era resolvido automaticamente quando o fiduciante pagava sua dívida no prazo estipulado no contrato.

Com a evolução do direito, na Idade Média, surge na Inglaterra o instituto do *trust*. Esse surgimento pode ser explicado com base na distinção de *common law* e *equity* no direito inglês. A entrega de bens a pessoa de confiança para administrá-los por determinado período não acarretava obrigação jurídica de restituição do bem. Dessa forma, esse negócio jurídico era uma relação baseada apenas na confiança. Portanto, o significado de confiança nesse instituto, não emana da lei ou do direito, e sim da probidade e consciência de quem recebeu o bem.

Conceitua-se o *trust* como o negócio jurídico pelo qual o *trustee*, recebe os bens e compromete-se a administrá-los, seja em benefício do proprietário do bem, denominado nessa relação de *settlor*, seja em benefício próprio ou de terceiros, estando qualquer uma delas investida em legitimidade para exigir o implemento da obrigação ou para uma finalidade caritativa.

É importante também, para se conceituar esse instituto, analisar o conceito de que o *trust*, conforme Chalub, “*configura-se como o ato pelo qual o settlor destaca de seu patrimônio determinados bens e os transmite ao trustee para consecução de certo objetivo, em benefício*

próprio ou de terceiros, denominado cestui que trust¹³”. Portanto, o *trustee* fica investido dos poderes de proprietário nominalmente, recebendo a propriedade do bem apenas para administrá-la em proveito do *settlor* ou do *cestui que trust* e por isso, bens transferidos por meio de *trust* não são incorporados ao patrimônio do *trustee*.

1.3. A Caracterização do Negócio Fiduciário no Direito Brasileiro

Pode-se definir como negócio fiduciário o negócio jurídico pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário) (Melhim, 2017). O fiduciário então se obriga a dar destinação previamente determinada, e cumprindo essa obrigação, o fiduciário retransmite a coisa ou para o fiduciante ou ainda para um terceiro indicado previamente nesse contrato fiduciário. Já nas palavras de Pontes de Miranda, “o conceito de *fidúcia* é o ato entre declarantes ou manifestantes de vontade, onde um dos quais confia (espera) que o outro se conduza como ele deseja e, pois, tem fé.”¹⁴

O contrato de *fidúcia* surgiu em no ordenamento jurídico através do Direito Romano, tendo como principal finalidade suprir lacunas de legislações deficientes e rígidas. Inicialmente, esta espécie de contrato começou a ser tratada pela doutrina nacional como insuficiente, chegando a ser confundida com negócios ilícitos. Contudo, atualmente o contrato fiduciário foi incorporado pelo direito brasileiro. Esse instituto surgiu com o objetivo de suprir lacunas do sistema jurídico. Isso porque, alguns mecanismos jurídicos já não conseguiam com a devida eficácia trazer a segurança

¹³ CHALHUB, Melhim Namem, **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: Negócio Fiduciário**. 6º ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 20.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 436.

necessária para o negócio, em um contexto de grande dinamismo econômico surgiu o negócio fiduciário.

Pontes de Miranda, define em quatro as principais características do negócio fiduciário: *“ato bilateral; podendo ser oneroso ou gratuito; principal ou acessório; e por fim, solene ou não solene.”*¹⁵

A bilateralidade é um requisito e esse instituto cria obrigações para ambas as partes, tanto para o fiduciário quanto para o fiduciante. O fiduciário tem como obrigação dar ao bem o que foi estipulado no contrato e restituí-lo ao fiduciante ou à terceiro; o fiduciante, por sua vez, assume a obrigação de respeitar a titularidade do fiduciário e transmitir de forma efetiva o bem para que o fiduciante consiga cumprir com sua obrigação.

Em relação à onerosidade, o negócio fiduciário será oneroso se o fiduciante ao transmitir a propriedade o contrato estipular uma contraprestação ou o fiduciante poderá receber uma contraprestação do fiduciário ao assumir a propriedade; e será gratuito se a transmissão ocorrer independente de qualquer contraprestação.

Pode ser também principal, se a transmissão se dá em efeito de administração patrimonial ou possui caráter acessório quando for instituído para fins de garantia apenas de uma obrigação principal. O negócio fiduciário será solene se for regulamentado em lei essa transmissão e assim será exigido algumas formalidades, como por exemplo, o caso de transmissão de um direito real, ou então, não solene, quando apenas a simples tradição basta para a coisa ser transmitida.

Além das características definidas por Pontes de Miranda, é preciso também destacar que o objeto do negócio fiduciário há de ser sempre determinado e os sujeitos da relação fiduciária são o fiduciante, o fiduciário e o beneficiário. E ainda, que é de responsabilidade do fiduciário responder

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 437

pelos seus atos aos beneficiários, ao fiduciante e ainda à terceiros, podendo ser destituído se for negligente ao cumprir com suas obrigações. De forma sintética José Carlos Moreira Alves define negócio fiduciário como:

Assim, a compra e venda tem como causa a troca de coisa por dinheiro, e como escopo último (motivo) qualquer utilização da coisa pelo comprador como proprietário; já a compra e venda com fim de garantia (negócio jurídico indireto) é uma compra e venda (negócio jurídico típico) em que a causa é a desta (troca de coisa por dinheiro), mas em que o escopo último (motivo) não é aquele a que normalmente se visa quando se celebra uma compra e venda (qualquer utilização da coisa pelo comprador como proprietário), mas o de a coisa adquirida servir ao seu proprietário como garantia do pagamento do crédito.¹⁶

A extinção do negócio fiduciário poderá ocorrer pelo decurso do prazo ou relação do seu fim, pela revogação, pela renúncia do beneficiário ou ainda por distrato. Nesse sentido o instituto do negócio fiduciário na jurisprudência brasileira, reconhece os negócios fiduciários com base na autonomia de vontade das partes e da liberdade contratual, não podendo, contudo, essa liberdade afrontar o ordenamento jurídico brasileiro:

O negócio fiduciário encerra uma transação válida, efetivamente realizada e formalmente em ordem. O proprietário a quem se transferiu a coisa o é realmente perante a lei e terceiros. Guarda somente, para com o alienante, um pacto de fidejussão que o obriga a lhe retransmitir a propriedade. Quebrada a fidejussão, pelo não cumprimento da obrigação pessoal assumida pelo fiduciário, não deixa este de continuar como proprietário legítimo; e nem pode a transação formal ser anulada por vício inexistente, tal seja o de simulação, pois, em suma, o negócio se efetivou segundo a vontade das partes. (Tribunal de Alçada de São Paulo, Ap. 29.651, 4ª Câmara Cível, RT 292/505).

¹⁶ALVES, José Carlos Moreira. **Alienação Fiduciária em Garantia**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 5.

Negócio fiduciário. Conceituação. Efeitos. Ação restitutória procedente. Condenação do vencido ao pagamento de honorários de advogado. Culpa contratual manifesta. Quando o fiduciário, abusando de sua situação e iludindo a confiança que nele depositara o fiduciante, reter indevidamente em seu poder o bem ou direito que lhe foi transmitido, e se recusar a restituí-lo, pode este reivindicá-lo, nos termos do pacto fiduciário. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. 47.771, 4º Câmara Cível, RT 188/163).

Dos termos dos arts. 18, IV, e 19, I, da Lei n. 9.514/1997, ressaí que a cessão fiduciária sobre títulos de créditos opera a transferência da titularidade dos créditos cedidos. Ou seja, o objeto da cessão fiduciária são os direitos creditórios que não de estar devidamente especificados no instrumento contratual, e não o título, o qual apenas os representa. A exigência de especificação do título representativo do crédito, como requisito formal à conformação do negócio fiduciário, além de não possuir previsão legal – o que, por si, obsta a adoção de uma interpretação judicial ampliada – cede a uma questão de ordem prática incontornável. Por ocasião da realização da cessão fiduciária, afigura-se absolutamente possível que o título representativo do crédito cedido não tenha sido nem sequer emitido, a inviabilizar, desde logo, sua determinação no contrato. Registre-se, inclusive, que a Lei n. 10.931/2004, que disciplina a cédula de crédito bancário, é expressa em admitir que a cessão fiduciária em garantia da cédula de crédito bancário recaia sobre um crédito futuro (a performar), o que, per se, inviabiliza a especificação do correlato título (já que ainda não emitido). (Superior Tribunal de Justiça, Resp. 1.797.196-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, por unanimidade, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019).

Pode-se perceber, que o direito evolui ao longo do tempo para atender às necessidades de cada sociedade e ordenamento jurídico a que pertencem, pois, parafraseando Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, “o direito é fruto de uma época histórica que tem, sobretudo, determinantes

econômicos. ”¹⁷ Desse modo, o instituto da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro surgiu para acompanhar as necessidades geradas pela vida moderna, principalmente relacionadas a economia do mercado, que estavam insatisfeitas com as garantias tradicionais, como o penhor e a hipoteca.

Esse novo tipo de garantia facilitou o acesso ao crédito, dando uma maior segurança jurídica ao credor, já que conforme será apresentado ao longo desse trabalho, esse instituto prevê uma execução célere do seu crédito. Apesar dessas vantagens, esse modelo de garantia só apareceu em nosso ordenamento jurídico durante os anos 60. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira,

A supressão da fidúcia do Corpus Ius Civilis do século VI importou em que não recebeu acolhida nos sistemas romano-cristãos. Não penetrou no Código Civil Francês de 1804, nem no BGB de 1896, e em consequência os Códigos todos, filiados à corrente napoleônica e à tedesca, o ignoraram. Inclusive o brasileiro de 1916. [...] Deixando de ser negócio jurídico contratual típico, nem por isso ficou entre nós repudiado inteiramente. Filho órfão, e mesmo enjeitado, encontrou, todavia, abrigo em uma e outra manifestação esporádica. A doutrina não o desconhecia de todo, e os tribunais, embora com certa relutância e alguma vacilação, entenderam que não seria uma figura contratual contrária ao nosso sistema.¹⁸

Apesar desse instituto ser lembrado pela doutrina antes dos anos 60, pelo princípio da tipicidade, somente lei pode criar direitos reais. Assim, a garantia fiduciária, ingressou no direito brasileiro com a promulgação da lei especial de disciplina do mercado de capitais (Lei no 4.728/1965), modificada pelo Decreto-Lei 911/1969, inicialmente restrita à bens móveis. Posteriormente, buscando o fomento ao acesso ao crédito para aquisição de imóveis, foi publicada

¹⁷ PINHEIRO & SADDI. **Direito, Economia e Mercados**. 1º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 85.

¹⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – volume IV**, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 423.

a Lei no 9.514/1997, que além de criar o Sistema de Financiamento Imobiliário, disciplinou o regime jurídico da alienação fiduciária de bens imóveis, tema central deste trabalho, que será detalhadamente explicado nos próximos capítulos.

Nas palavras de Frederico Henrique Viegas de Lima:

O modelo usual de hipoteca existente no direito brasileiro é incapaz de dotar os negócios imobiliários da rapidez indispensável, requerida pela economia de escala como solução para a recuperação do crédito concedido, caso exista a impontualidade do devedor [...]. As execuções hipotecárias são procedimentos judiciais infundáveis, arrastando-se nos foros judiciais por anos a fio, acobertadas por um sistema recursal que protege aquela parte que deseja procrastinar o feito. [...] Muitas vezes o credor se vê compelido a adjudicação do imóvel, coisa que no momento da concessão do crédito não era sua intenção.¹⁹

Assim, é possível entendermos a relevância da instituição desse modelo de garantia no ordenamento jurídico brasileiro, nos próximos capítulos ao analisarmos de forma detalhada as particularidades da alienação fiduciária conseguiremos entender o motivo dessa garantia ser uma das mais escolhidas em operações imobiliárias.

¹⁹LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, pp. 32-33.

2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS.

Adentrando no tema central deste trabalho, conforme a sociedade foi evoluindo, as relações contratuais se aprimoraram e as necessidades da nossa economia moderna também. Desse modo, os modelos de garantia existentes no ordenamento jurídico não eram suficientes para garantir uma dívida principalmente no setor imobiliário, considerando a morosidade para a execução dessas garantias, representavam um grande risco econômico a concessão de empréstimos e financiamentos com garantia imobiliária. Nesse contexto, a Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997, veio suprir a defasagem da legislação brasileira no tocante as garantias, isso porque a alienação fiduciária a garantia se dá pela transmissão da propriedade, para que o credor fique com esta até que a obrigação seja satisfeita. Desse modo, podemos destacar uma característica da alienação fiduciária, é um direito real em coisa própria. A respeito da criação da alienação fiduciária de imóveis, afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que:

O legislador tenciona criar meios mais céleres para o credor fiduciário recuperar seu crédito, em substituição ao Sistema Financeiro de Habitação, no qual preponderava a execução da garantia hipotecária, que perdeu a credibilidade em razão de gerar um processo judicial extremamente demorado e oneroso que inviabilizava a própria concessão do crédito habitacional. Ademais, há sério questionamento em face da constitucionalidade do Processo de execução hipotecária, reservado ao DL nº 70 de 1966.²⁰

Em suma, a alienação fiduciária em garantia de imóveis, instituída pela Lei nº 9.514 em 20 de novembro de 1997, é o negócio jurídico pelo qual o devedor, fiduciante, entrega a propriedade de um bem ao credor, fiduciário, ficando apenas com a sua posse direta, a fim de assegurar outro negócio jurídico. Se a dívida deste negócio jurídico for quitada no prazo contratual estabelecido, a

²⁰ FARIAS & ROSENVALD. **Direitos Reais**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. pg. 385.

propriedade do bem resolver-se-á perante o fiduciário, retornando ao fiduciante, caso contrário, consolidar-se-á perante o fiduciário, que através de um procedimento extrajudicial, criado pela Lei em comento, terá a recuperação rápida e simplificada de seu crédito.

2.1. Conceito e Caracterização da Alienação Fiduciária de Bem Imóvel:

A Lei da Alienação Fiduciária, em seu artigo 22, traz um conceito claro desse instituto ao definir que a *“alienação fiduciária regulada por lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.”*²¹

A propriedade, por ter esse caráter resolúvel tem como principal característica sua extinção, está prevista no próprio título que foi convencionado sua constituição, nas palavras de Lafayette *“por virtude do título de sua constituição, é revogável ou resolúvel, fenômeno este que ocorre quando a causa da aquisição do domínio encerra em si um princípio ou condição resolutiva do mesmo domínio.”*²² Essa característica é fundamental para trazer a segurança jurídica e a eficiência na execução que a economia moderna exige para dar crédito quando se trata de grandes financiamentos imobiliários. Isso porque, se ocorre o pagamento da dívida a propriedade é revertida definitivamente ao devedor, já se ocorre o inadimplemento do devedor e a condição é frustrada, a propriedade é transferida definitivamente ao credor, ficando assim consolidada a propriedade em nome do credor-fiduciário.

Apresentada essa configuração da propriedade fiduciária,

²¹BRASIL. Lei no 9.514 de 20 de novembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1997, retificado em 24 nov. 1997.

²² PEREIRA, Lafayette Rodrigues, **Direito das coisas**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, v.I, p.113.

Enquanto perdurar o escopo para o qual foi constituída, a propriedade fiduciária, nesse interregno, importa na colocação do bem fiduciado fora do alcance dos demais credores do devedor-fiduciante. Igualmente, estará aquele bem, enquanto propriedade resolúvel do fiduciário, fora do alcance dos credores deste, só podendo vir a ser objeto de execução por dívida do fiduciário se a propriedade vier a ser consolidada na pessoa deste.²³

Conforme já apresentado anteriormente, o princípio da publicidade é essencial para constituição da alienação fiduciária. Isso porque, a própria lei da alienação fiduciária de bens imóveis prevê no seu artigo 23²⁴ que a constituição da propriedade fiduciária ocorre mediante o registro. Além da previsão em lei, o sistema jurídico brasileiro adota a aquisição da propriedade se dá mediante registro no respectivo cartório de Registro de Imóveis. Ficando assim certo que os atos concernentes à alienação fiduciária de bens imóveis, desde a celebração do contrato até o cancelamento da propriedade fiduciária ou sua consolidação na pessoa do fiduciário, só terão sua plena eficácia perante terceiros após o registro no respectivo Registro de Imóveis da circunscrição imobiliária competente.

O artigo 23 também apresenta o desdobramento da posse sobre o imóvel, definindo que o fiduciante como possuidor direto e o fiduciário como possuidor indireto. É importante nesse ponto, entender que a posse é o exercício do direito de usar e gozar do bem jurídico. Então o fiduciante é o possuidor direto e o fiduciário o possuidor indireto do imóvel. Nas palavras de Luiz Antonio Scavone Junior:

²³CHALHUB, Melhim Namem, **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: Negócio Fiduciário**. 6º ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 243.

²⁴ Art. 23, Lei 9.514/97: Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. **Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm>. Acesso em 20/04/2019.

De acordo com a lei, portanto, o devedor fiduciante, ao transmitir a propriedade ao credor fiduciário, permanece com a posse direta, transferindo ao credor, juntamente com a propriedade, a posse indireta. Nesse sentido, estão todos autorizados à utilização dos remédios possessórios (ações de reintegração de posse, interdito proibitório e ação de manutenção de posse).²⁵

Ao ser investido, em caráter resolúvel, na posse do imóvel, que ocorre mediante o registro do contrato de alienação fiduciária, o credor-fiduciário estará sujeito a pagamento de todas as dívidas, taxas, contribuições, encargos, incluindo o Imposto Predial Urbano e/ou Imposto Territorial Rural que incidirem sobre a propriedade e também as despesas de condomínio se aplicáveis. Isso se deve ao fato que a propriedade é o fato gerador dos impostos reais, e como o destinatário da propriedade é o credor-fiduciário essas obrigações devem ser cumpridas por ele.

O fiduciário também possui algumas obrigações previstas no contrato de alienação fiduciária, sendo a principal delas, a de promover a reversão do imóvel para a propriedade plena do fiduciante quando o crédito for satisfeito.

A propriedade fiduciária é instituída, respeitando a tradição do direito pátrio, através do competente registro do título aquisitivo junto ao oficial de Registro de Imóveis. O direito pessoal, nasce com a celebração do contrato de alienação fiduciária. Todavia, o direito real de propriedade depende, inexoravelmente, do registro na matrícula do imóvel do cartório competente.

No contrato de alienação fiduciária é importante que todos os sujeitos do contrato, tanto o devedor-fiduciante quanto o credor-fiduciário e ainda as vezes um terceiro na qualidade de garantidor, tenham a capacidade de contratar e conseqüentemente a capacidade para dispor do seu bem imóvel. A Lei 9.514/97 no que diz respeito a legitimidade é genérica, atribuindo como legitimado para ser parte em um contrato de alienação fiduciária qualquer pessoa, podendo ser

²⁵SCAVONE, Luiz Antonio Junior, **Direito Imobiliário – Teoria e Prática**. 10º ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 505.

física ou jurídica e não apresentou nenhuma restrição. Essa generalização proposta pelo legislador foi essencial para que o setor imobiliário tivesse uma dinamização nas suas atividades, um dos propósitos da Lei é um funcionamento de um mercado secundário de créditos imobiliários e essa dinamização proposta pela lei é necessária para o funcionamento desse mercado secundário de créditos imobiliários.

Nesse mesmo sentido, a referida lei autorizou que em qualquer operação de comercialização de imóveis, com o pagamento parcelado, sejam aplicadas as mesmas condições permitidas para as entidades que operam no sistema de financiamento imobiliário, como por exemplo, a capitalização de juros. Observa-se assim que a lei buscou uma harmonização na sua operação, com créditos homogêneos, e por isso, passível de circulação com maior facilidade pelo mercado, fazendo com que o setor imobiliário tenha mais recursos e, conseqüentemente, fomentando esse mercado.

O artigo 5º da Lei de Alienação Fiduciária buscou definir as condições essenciais para a consecução da finalidade primordial pretendidas pelo legislador, ou seja, a circulação dos créditos imobiliários.

A alienação fiduciária de bens imóveis, normalmente, acontece no mercado das incorporações imobiliárias e ocorre em duas situações e a principal diferença entre essas hipóteses os sujeitos que são partes do contrato.

A primeira hipótese as partes são o incorporador e o adquirente apenas, nessa operação em um único contrato está presente a compra e venda, financiamento e a alienação fiduciária. É o caso da operação pela qual o incorporador vende ao adquirente o imóvel e lhe concede financiamento para o pagamento do imóvel em parcelas, e como garantia dessa dívida o adquirente aliena fiduciariamente esse imóvel recém adquirido. Então os sujeitos dessa hipótese de contrato são: (i) incorporador como vendedor e credor-fiduciário e (ii) adquirente do imóvel na figura de comprador e devedor-fiduciante.

Já na segunda hipótese, figuram como partes além do incorporador e do adquirente a financiadora. Sendo essa financiadora instituição financeira que fornece os recursos necessários ao adquirente para que esse consiga comprar o imóvel. Na prática desse tipo de operação, a financiadora irá celebrar com o adquirente o contrato de financiamento, que é a origem dos recursos para compra do imóvel, depois o contrato de compra e venda que será pago com os recursos do contrato de financiamento e por fim o contrato de alienação fiduciária que tem a mesma lógica de garantia apresentada na primeira hipótese.

Essas duas hipóteses apresentadas são as mais comuns de alienação fiduciária, porém é possível admitir essa operação para transmissão da propriedade de qualquer coisa imóvel como garantia de uma operação de crédito e ainda a possibilidade de alienação fiduciária em garantia efetivada por um terceiro.

2.2. Formas e Requisitos do Contrato de Alienação Fiduciária

De acordo com o Código Civil, os contratos constituídos ou translativos de direitos reais sobre bens imóveis de valor superior a trinta salários mínimos devem respeitar a forma de escritura pública. Porém, o artigo 38 da Lei 9.514/1997 está previsto da seguinte forma:

Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública. ²⁶

²⁶BRASIL. Lei no 9.514 de 20 de novembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1997, retificado em 24 nov. 1997

Nesses termos, trata-se de uma inovação da lei, que caso seja de interesse das partes, poderá ser dispensando a escritura pública em casos de transmissão da propriedade imobiliária com pacto adjeto de alienação fiduciária.

Independente da faculdade das partes, pelo instrumento público ou particular, esse instrumento deverá estar de acordo com os requisitos taxados de forma explícita no artigo 24 Lei 9.514/1997²⁷, a saber:

Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterà:

- 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.

Para a hipótese de locação, o contrato deve conter a determinação da denúncia no prazo de noventa dias contados da consolidação da propriedade na pessoa do fiduciário, no caso de inexecução do fiduciante, nos termos do artigo 27 da Lei do SFI, para desocupação em trinta dias, na forma do § 7º do artigo 27.

Outro fato que vale ser lembrando como uma exceção do artigo 24 é que a descrição do imóvel poderá ser dispensada, desde que, seja feita uma interpretação analógica dos termos do art.

²⁷BRASIL. Lei no 9.514 de 20 de novembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1997, retificado em 24 nov. 1997

2º da Lei 7.433/1985, ou seja, quando já conste da matrícula sua descrição e caracterização e seja mencionada a matrícula.²⁸

Nesse caso, basta constar o número da matrícula, bem como o endereço completo do imóvel.

O valor do imóvel deverá constar do contrato, até para que se possibilite, caso de venda extrajudicial, a estipulação do valor mínimo para primeiro leilão público e sobre esse valor se compute o aluguel pena objeto do artigo 37-A da Lei do SFI.

2.2.1 Cessão da Posição Contratual

Tanto para o credor-fiduciário quanto para o devedor-fiduciante está previsto a hipótese de cessão da posição contratual. Essas previsões estão nos artigos 28 e 29 da Lei de Alienação Fiduciária²⁹. A cessão seguindo o princípio da publicidade, que norteia o contrato de alienação fiduciária, também precisa ser averbada no competente Cartório de Registro de Imóveis para que tenha validade perante terceiros e perante as partes que precisam dar uma anuência formal para que essa cessão seja efetivada.

²⁸ Art. 1º Na lavratura de atos notariais, inclusive os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, somente serão apresentados os documentos expressamente determinados nesta Lei.

§ 1º - O disposto nesta Lei se estende, onde couber, ao instrumento particular a que se refere o [art. 61, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964](#), modificada pela [Lei nº 5.049, de 29 de Junho de 1966](#).

§ 2º - O Tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, ficando dispensada sua transcrição.

Art 3º - Esta Lei será aplicada, no que couber, aos casos em que o instrumento público recair sobre coisas ou bens cuja aquisição haja sido feita através de documento não sujeito a matrícula no Registro de Imóveis.

²⁹BRASIL. Lei no 9.514 de 20 de novembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1997, retificado em 24 nov. 1997.

No que diz respeito a cessão na posição do fiduciário, ocorrerá a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia, reproduzindo o princípio de que o acessório segue o bem principal, à luz do artigo 287 do Código Civil, que define que “*salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios*”³⁰.

Por efeito da cessão da posição do fiduciário, o cedente exonera-se de todas as suas obrigações, salvo se, no contrato da cessão as partes tiverem convenicionado que o cedente responde pela solvência do devedor, nos termos do art. 296 do Código Civil.

Nesse sentido, assume a posição do fiduciário o fiador ou o terceiro interessado que pague a dívida, pois, nos termos do art. 31 da Lei da Alienação Fiduciária, este sub-roga-se de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária, podendo exercer todos os direitos inerentes à figura do fiduciário, e claro, exerdando todas as obrigações que são imputáveis à ele.

Na dinâmica desse contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, o alienante-fiduciante titular de um direito sob condição suspensiva, condição essa que é o pagamento, poderá transmiti-lo da mesma forma como são transmissíveis quaisquer direitos de expectativas. Assim, importa dizer que o fiduciante precisa da anuência expressa do fiduciário para transmitir os seus direitos sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo esse terceiro adquirente todas as respectivas obrigações. Conforme o artigo 29 da Lei 9.514/1997³¹: “*O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.*”

³⁰ BRASIL. **Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

³¹BRASIL. Lei no 9.514 de 20 de novembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1997, retificado em 24 nov. 1997.

O direito do devedor-fiduciante tem a mesma natureza jurídica do direito do promitente comprador, ou seja, direito de aquisição sob condição suspensiva, cuja transmissão se contrata mediante cessão ou promessa de cessão.

Quando o cessionário substitui o cedente na relação contratual, passando a figurar no contrato de alienação fiduciária como devedor-fiduciante, esse novo fiduciante passa a ser titular do direito de expectativa que era titular do fiduciante originário, assumindo como esperado, todas as obrigações que estão vinculadas. A cessão sem anuência do fiduciário só produzirá efeitos entre o cedente e o cessionário e não poderá ser averbada na matrícula do Imóvel no Cartório de Registro de Imóveis competente, desse modo, acredito que não é aconselhado fazer essa cessão sem a anuência do fiduciário, uma vez que o cedente continuará obrigado perante o fiduciário e, de outra parte, o cessionário não terá legitimação para reivindicar seus direitos de suposto fiduciante em face do fiduciário. Nesse sentido a jurisprudência vem consagrando o seguinte pensamento:

REGISTRO DE IMÓVEIS. Dívida julgada improcedente. Contrato particular de cessão de direitos. Alienação fiduciária de imóvel. Exigências para o registro. Irresignação parcial relativa apenas à celebração do instrumento que deveria ser de compra e venda. Inadmissibilidade. Recurso parcialmente provido para ser julgada prejudicada a dúvida. Excerto do voto do relator: “ Não se afigura correta a exigência do oficial para que a suscitante providenciasse a celebração de contrato de compra e venda, ao invés do de cessão de direitos, por meio do qual, na verdade está anuindo expressamente com a transferência cessionário dos direitos e obrigações inerentes á propriedade fiduciária em garantia, assumidos pelos então devedores fiduciantes. Com efeito, como salientado, a apelada não pretendeu transferir aos cessionários o domínio do imóvel, que permanecerá seu até que quitado o contrato mútuo. E os seus devedores-fiduciantes anteriores, ao contrário do que sustentado, também não poderiam desejar alienar o imóvel aos ora cessionários porque não são proprietários dele. A imperfeição técnica na elaboração do instrumento não tem condão de desvirtuar a real intenção que o negócio realizado representa, não se podendo olvidar que nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido

literal da linguagem (CC, art. 112). (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 417-6/5, da Comarca de Barueri, rel. Des. José Mario Antonio Cardinele, Corregedor-Geral da Justiça, l. 15/12/2005.).

Desse modo, fica claro como o princípio da publicidade é essencial para constituição dessa garantia e da importância da anuência das partes nesse contrato. Já que caso ocorra uma cessão de direitos no contrato de alienação fiduciária para fazer o registro no Cartório de Registro de Imóveis correspondente é necessário a anuência do fiduciário.

2.3 Direto e Obrigações das Partes Contratantes

Conforme já apresentado ao longo do trabalho, a transmissão da propriedade ao credor-fiduciário ocorre mediante o registro do contrato de alienação fiduciária, essa transmissão é em caráter resolúvel e o devedor-fiduciante é demitido de sua propriedade e investido de direito real de aquisição, sob condição suspensiva, podendo tornar-se titular da propriedade plena novamente caso, por exemplo, não ocorra o pagamento. Dessa forma, o fiduciante tem uma expectativa real, subordinada, entretanto, ao implemento da condição.

Essa condição é a obrigação do fiduciante em pagar a dívida garantida com todos os seus encargos, e a do fiduciário de promover a reversão do imóvel para a propriedade plena do fiduciante quando o crédito for satisfeito. Nesse momento, o fiduciário também tem a obrigação de fornecer um termo de quitação ao fiduciante, conforme o art. 16, § 1º da Lei de Alienação Fiduciária³², que

³² Art. 16, da Lei 9.517/97. Extinguir-se-á o regime fiduciário de que trata esta seção pelo implemento das condições a que esteja submetido, na conformidade do Termo de Securitização de Créditos que o tenha instituído.
§ 1º Uma vez satisfeitos os créditos dos beneficiários e extinto o regime fiduciário, o Agente Fiduciário fornecerá, no prazo de três dias úteis, à companhia securitizadora, termo de quitação, que servirá para baixa, nos competentes Registros de Imóveis, da averbação que tenha instituído o regime fiduciário.

será o documento comprobatório para que ele possa promover perante o Cartório de Registro de Imóveis competente a reversão da propriedade plena para o seu nome.

Caso o fiduciário atrase por mais de trinta dias na entrega desse termo, ficará sujeito à ação do fiduciante de acordo com os arts. 25 e 26 da Lei de Alienação Fiduciária³³, em que este poderá pleitear o cumprimento da obrigação de outorgar o termo de quitação, também sujeito à multa correspondente a meio por cento por mês ou fração, sobre o valor do contrato.

Se o devedor-fiduciante se torne inadimplente, o credor-fiduciário, depois de expirado o prazo de carência, intimá-lo-á para purgar a mora, no prazo de quinze dias, com auxílio do Oficial do competente Registro de Imóveis, adotando-se todos os procedimentos para intimação e purgação junto a esse mesmo Registro de Imóveis.

O fiduciante tem o direito de purgar a mora, mas, deixando de efetivar o pagamento no prazo da intimação, considera-se frustrada de pleno direito a condição resolutiva, ensejando a que o fiduciário recolha o imposto de transmissão *inter vivos* (ITBI) e, se aplicável, o laudêmio e providencie no Registro de Imóveis competente, a consolidação da propriedade em seu nome. A partir desse momento, poderá o credor-fiduciário requerer judicialmente contra o devedor-fiduciante ou terceiros que ocupem o imóvel, a reintegração de posse. Sendo obrigação do fiduciário, depois de vender o imóvel em leilão, entregar ao fiduciante a quantia que exceder o valor da dívida e encargos.

Assim, como já explicado, na alienação fiduciária o fiduciante transfere ao fiduciário a propriedade resolúvel do imóvel com o escopo de garantia, dessa forma o pagamento da dívida é a condição para que a propriedade pena retorne ao fiduciante. A Lei de Alienação Fiduciária no caput

³³ BRASIL. Lei no 9.514 de 20 de novembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1997, retificado em 24 nov. 1997.

do art. 25³⁴ é clara ao fato de que pagamento é o fato jurídico que extingue a obrigação e caracteriza o implemento da condição, criando automaticamente para o credor a obrigação de dar quitação ao fiduciante para viabilização da recuperação plena da propriedade e a devida averbação o no Cartório de Registro de Imóveis competente. A reversão da propriedade ao patrimônio do fiduciante é, portanto, um efeito do pagamento, não sendo necessário intervenção judicial para que ocorra essa reversão, bastando para sua efetivação a averbação na matrícula do imóvel do termo de quitação.

2.4. Mora e Inadimplemento

O contrato de alienação fiduciária segue a regra geral do art. 397 do Código Civil³⁵, pela qual o inadimplemento da obrigação positiva e líquida se constitui de pleno direito em mora o devedor, sendo desnecessário interpelação, a exceção ocorre nos casos em que não houver prazo assinado.

O artigo 26 da Lei 9.514/1997³⁶, considera constituído em mora o devedor desde que vencida e não paga a dívida, mas, não obstante, estabelece requisitos para que se efetive a consolidação da propriedade no patrimônio do credor, são eles: (i) observância de um prazo de carência, que corresponde a um intervalo entre o vencimento da parcela da dívida e o início do procedimento de execução do crédito; e (ii) após expirado o prazo de carência o devedor-fiduciante será intimado a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, 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

³⁴ Art. 25 da Lei no 9.514/97. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

³⁵BRASIL. **Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

³⁶BRASIL. Lei no 9.514 de 20 de novembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1997, retificado em 24 nov. 1997

legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.³⁷

Assim, verificado o atraso no pagamento da obrigação e passado o prazo de carência estabelecido no contrato o credor-fiduciário pode dar início ao procedimento definido no artigo 26 da Lei que poderá ter dois desfechos, se não purgada a mora ocorrerá a expropriação do direito do devedor-fiduciante já se purgada a mora resultará no restabelecimento do contrato.

No aspecto da purgação da mora, a lei constitui a fixação de um intervalo entre o vencimento da dívida e o início do procedimento de intimação do devedor-fiduciante para purgação da mora. Essa intimação é feita pelo Oficial do Registro de Imóveis que o imóvel em questão está matriculado e deverá ser feita pessoalmente ou por Correio com aviso de recebimento ao devedor ou seu representante legal. Na hipótese de ocultação do devedor ou seu representante legal, a intimação poderá ser feita por hora certa e caso se encontre em local incerto poderá ser feita por edital ambas na forma do Código de Processo Civil.³⁸

O prazo para purgação da mora em regra é de 15 dias, conforme o § 1º do artigo 26, contudo, se tratando de financiamentos habitacionais a lei fixa um prazo adicional de 30 dias ao devedor-fiduciante. Dessa forma, nas operações de crédito com alienação fiduciária de imóveis, passado os prazos mencionados acima, sem que o devedor tenha purgado a mora, extingue-se o contrato e averba-se em imediato a consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário. Essa consolidação rompe o vínculo real que prendia o direito aquisitivo do imóvel ao antigo devedor-fiduciante, e este somente poderá ser restaurado mediante requisição da propriedade, até o

³⁷ Artigo 26, § 1º da Lei 9.514/1997.

³⁸Artigo 26, § 3º-A. Quando, por duas vezes, o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (BRASIL. **Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.).

momento do segundo leilão, assunto que será tratado de forma completa no próximo capítulo, e ainda o preço será correspondente ao saldo devedor, seus encargos e todas as despesas para consolidação. Inclusive, a Lei confere preferência ao devedor-fiduciante perante terceiros para recuperação do imóvel.³⁹

Acrescenta-se também, que a purgação da mora é uma faculdade conferida ao devedor para manutenção do contrato de alienação fiduciária, conforme o § 5º do artigo 26 da Lei: “*Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalerá o contrato de alienação fiduciária*”. Sendo a não purgação da mora o inadimplemento absoluto e nessa consoante o devedor-fiduciante não poderia mais pagar as parcelas em atraso devendo assim, ser cumprido a condição resolutiva da propriedade fiduciária que e ser restituída de forma plena ao credor.

Porém, a jurisprudência entende que não foi fixado uma data limite para purgação da mora e essa omissão da lei justifica o entendimento jurisprudencial de que pode ser reaberto o prazo para purgação da mora depois de expirado o prazo legal e até mesmo depois que ocorrer a transferência da propriedade plena do imóvel ao credor-fiduciário. O entendimento jurisprudencial pátrio, se baseia nos seguintes argumentos na maioria das vezes em três argumentos, para justificar essa flexibilização dos prazos. São eles: (i) a aplicação subsidiária do artigo 34 do Decreto Lei 70/1966, que, permite a purgação da mora, se tratando de execução extrajudicial de crédito hipotecário, até a data de arrematação do imóvel hipotecado; (ii) o contrato mútuo que possui como garantia imóvel em alienação fiduciária não se extingue por força de consolidação da propriedade no patrimônio do credor-fiduciário. Seguem exemplos de jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

³⁹Lei 95.14/1997, com redação dada pela Lei 13.465, de 11 de julho de 2017: “§ 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2o deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos”.

RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL. LEI N. 9.514/1997. QUITAÇÃO DO DÉBITO APÓS A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DECRETO-LEI N. 70/1966. PROTEÇÃO DO DEVEDOR. ABUSO DE DIREITO. EXERCÍCIO EM MANIFESTO DESCOMPASSO COM A FINALIDADE. 1. É possível a quitação de débito decorrente de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei nº 9.514/1997), após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Precedentes. 2. No âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação. 3. A garantia do direito de quitação do débito antes da assinatura do auto de arrematação protege o devedor da onerosidade do meio executivo e garante ao credor a realização de sua legítima expectativa - recebimento do débito contratado. 4. Todavia, caracterizada a utilização abusiva do direito, diante da utilização da inadimplência contratual de forma consciente para ao final cumprir o contrato por forma diversa daquela contratada, frustrando intencionalmente as expectativas do agente financeiro contratante e do terceiro de boa-fé, que arrematou o imóvel, afasta-se a incidência dos dispositivos legais mencionados. (...) (STJ - REsp: 1518085 RS 2015/0045085-1, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 12/05/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2015)⁴⁰

RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL. LEI Nº 9.514/1997. PURGAÇÃO DA MORA APÓS A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO. POSSIBILIDADE.

⁴⁰STJ. RECURSO ESPECIAL: 1518085 RS 2015/0045085-1, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe: 12/05/2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189905888/recurso-especial-resp-1518085-rs-2015-0045085-1>>. Acesso em 10/06/2019.

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DECRETO-LEI Nº 70/1966. 1. Cinge-se a controvérsia a examinar se é possível a purga da mora em contrato de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei nº 9.514/1997) quando já consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário. 2.No âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação. (...). (STJ - REsp: 1462210 RS 2014/0149511-0, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 18/11/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/11/2014)⁴¹

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.366.880 - PR (2018/0246562-4) RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI (...) 2. A jurisprudência do STJ, entende "que a purgação pressupõe o pagamento integral do débito, inclusive dos encargos legais e contratuais, nos termos do art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/97, sua concretização antes da assinatura do auto de arrematação não induz nenhum prejuízo ao credor. Em contrapartida, assegura ao mutuário, enquanto não perfectibilizada a arrematação, o direito de recuperar o imóvel financiado, cumprindo, assim, com os desígnios e anseios não apenas da Lei nº 9.514/97, mas do nosso ordenamento jurídico como um todo, em especial da Constituição Federal."(...). Desse modo, estando o acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior sobre a matéria, incide o teor da Súmula 83 desta Corte, a impedir o conhecimento do recurso por ambas as alíneas do permissivo constitucional. Afasta-se, portanto, a apontada violação ao artigo 26 da Lei 9.514/97. 3. Do exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 17 de outubro de 2018. MINISTRO MARCO BUZZI

⁴¹STJ – RECURSO ESPECIAL: 1462210 RS 2014/0149511-0, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: DJe 25/11/2014, Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153671064/recurso-especial-resp-1462210-rs-2014-0149511-0>>. Acesso em 10/06/2019.

Relator (STJ - AREsp: 1366880 PR 2018/0246562-4, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 22/10/2018)⁴²

Assim, no recorte de decisões apresentadas, podemos perceber que a fundamentação foi baseada no artigo 39 da Lei que remete aos artigos 29 a 41 do Decreto Lei 70/1966 que permite a purgação da mora nas execuções extrajudiciais de crédito hipotecário vinculadas ao Sistema Financeiro de Habitação até que seja firmado o auto de arrematação. E ainda o valor a ser pego pelo antigo devedor-fiduciante a partir da data de averbação da consolidação da propriedade do imóvel em nome do antigo credor-fiduciário e até a data do segundo leilão é o valor correspondente ao saldo devedor, acrescido de todos os encargos contratuais e eventuais despesas para consolidação do leilão.⁴³

A Lei da Alienação Fiduciária não regulou as hipóteses de vencimento antecipado da dívida, ficando assim regido pelo Código Civil, observando é claro as peculiaridades da propriedade fiduciária. Em alguns casos o meio adequado para que o credor-fiduciário obtenha a satisfação do seu crédito é a execução por título extrajudicial, essas hipóteses por exemplo, são quando ocorreu a deterioração, depreciação ou desapropriação do imóvel. Nas palavras de Melhim Namem Chalhub:

⁴²(STJ - AREsp: 1366880 PR 2018/0246562-4, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 22/10/2018) Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/640669461/agravo-em-recurso-especial-aresp-1366880-pr-2018-0246562-4/decisao-monocratica-640669505?ref=serp>>. Acesso em 10/06/19.

⁴³Artigo 27, § 2º-B, Lei 9514/1997. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2o deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos.

“O devedor deverá ser intimado para reforçar ou substituir a garantia e, caso não o faça, considera-se vencida antecipadamente a dívida, ensejando sua cobrança mediante execução por título extrajudicial, que será garantida por tantos bens ou direitos quantos bastem para satisfação do crédito. Dá-se também o vencimento antecipado da dívida na hipótese de desapropriação. Nesse caso, os direitos reais sobre o imóvel, isto é, a propriedade fiduciária e o direito real de aquisição, ficam sub-rogados no preço, de modo que do valor pago será destacada quantia suficiente para resgate da dívida e demais encargos que recaiam sobre o imóvel, entregando-se ao devedor a sobra. Caso o valor da desapropriação seja insuficiente para resgate da dívida, poderá o credor promover a cobrança do saldo remanescente mediante execução por título extrajudicial.

“44

Portanto, conclui-se que em qualquer dos casos de vencimento antecipado da dívida o credor-fiduciário poderá optar pelo processo judicial de execução por quantia certa contra o devedor-fiduciante. Ressaltando que a opção pela busca da satisfação do crédito mediante ação de execução não caracteriza renúncia a garantia fiduciária.

Por fim, a reversão da propriedade ao devedor-fiduciante ou a consolidação da propriedade no patrimônio do credor são efeitos normais do contrato de alienação fiduciária e ao proceder a averbação de uma das condições o Oficial do Registro de Imóveis estará apenas dando publicidade aos fatos correspondentes aos efeitos normais da condição pactuada pelas partes.

⁴⁴CHALHUB, Melhim Namem, **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: Negócio Fiduciário**. 6^o ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 306.

3. LEILÃO

O leilão detalhado na Lei da Alienação Fiduciária merece um capítulo em destaque, isso porque, é exatamente o procedimento desse leilão que torna a garantia tão vantajosa para credor que assim consegue disponibilizar o crédito com uma maior segurança jurídica e promove o mercado imobiliário. Destaco que ao longo desses anos que a lei está em vigor é inquestionável que o legislador ao permitir rápidas medidas judiciais de recuperação de crédito foi fundamental para a manutenção da política habitacional. Devemos ressaltar que oferta de crédito é fundamental, pois traduz-se em elemento propulsor da atividade produtiva e que os mecanismos adotados pelas normas especiais que disciplinam procedimento desse leilão extrajudicial se ajustam a essas necessidades, harmonizando o interesse coletivo da oferta de crédito que busca a rapidez e liquidez com as garantias individuais emanadas da Constituição.

3.1. Procedimento de Realização do Leilão

Conforme já discutido acima, caso o devedor-fiduciante não cumpra com a sua obrigação de pagamento. O credor-fiduciário respeitando todo o processo explicado no capítulo anterior, poderá iniciar o processo de intimação do devedor-fiduciante para purgação da mora para restituição do imóvel ao credor. Uma vez consolidada a propriedade em nome do fiduciário, este deverá promover o leilão público para venda do imóvel. Nesse capítulo será analisado detalhadamente esse processo de leilão público que ocorre quando o imóvel é restituído ao credor.

O credor-fiduciário deve promover o leilão público no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de registro da consolidação da propriedade na matrícula do imóvel. Podendo o leilão ser dispensado apenas em dois casos: na hipótese do art. 26 § 8º da Lei que é quando a propriedade é consolidada por efeito de dação em pagamento ou ainda no caso do antigo fiduciante opte por exercer seu direito de readquirir o imóvel conforme já explicado anteriormente. Caso o antigo

fiduciante não exerça seu direito, o credor elegerá as datas para o primeiro e segundo leilão e as comunicará ao credor-fiduciante na forma da lei, não sendo exigido pela lei a confirmação de entrega da comunicação ao fiduciante.⁴⁵

A lei estabelece os procedimentos para realização do leilão, determinando que eles devem ser estar presentes de forma explícita nas cláusulas do próprio contrato de alienação fiduciária firmado pelas partes. Devendo é claro, está em conformidade com os princípios gerais que refêm essa matéria, notadamente exemplificado no nosso Código de Processo Civil.

Adentrando ao procedimento especificamente, o art. 24, VI da Lei estabelece um lance mínimo para o primeiro leilão que deverá ser estipulado pelas partes no contrato. Devendo inclusive, nessa cláusula as partes estabelecerem uma avaliação prévia do imóvel e indicá-la no contrato juntamente com um critério de revisão do respectivo valor do imóvel; este será o valor do lance mínimo pela qual o imóvel será oferecido no leilão.

Acrescenta-se também que quando o devedor não purgar a mora, depois de intimado, devem as partes também estabelecer critérios de revisão do preço de venda, podendo para tanto utilizar quaisquer indicadores que sirvam de parâmetro para aferição dos preços no mercado imobiliário. Tendo em consideração que seja necessário o ajuste do valor do preço de mercado do imóvel, o valor fixado no contrato deve ser examinado pelas autoridades competentes para cálculo do ITBI devido em razão da consolidação da propriedade, prevalecendo sempre o maior valor para oferta

⁴⁵ Lei nº 9.514/1997, § 2º-A do art. 27, com redação dada pela Lei nº 13.465 de 11 de julho 2017: “Para os fins do disposto nos § 1º e 2º deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico. § 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos.”

no primeiro leilão. Essa escolha pelo maior valor está baseada no princípio do equilíbrio da execução.

Se no primeiro leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor fixado no contrato, realizar-se-á o segundo leilão nos quinze dias subsequentes, de acordo com o artigo 27 da lei de alienação fiduciária. O segundo leilão terá como valor referencial o montante da dívida, das despesas, dos prêmios de seguros, dos encargos legais e das contribuições condominiais, essa última se aplicável. Vale ressaltar que o artigo 27, § 3º da lei 9.514/1997⁴⁶ diz que:

Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

No segundo leilão será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida previsto no contrato. Caso o credor, obtenha preço superior ao da dívida e das despesas deverá entregar ao devedor o valor sobrejacente na forma do § 4º do art. 27, o que importará em recíproca quitação. E na hipótese cujo maior lance oferecido for recusado por não ser superior ou igual ao montante mínimo que englobe a dívida e as despesas, a dívida será considerada extinta, e o devedor será exonerado de quaisquer obrigações referente ao saldo remanescente, devendo o credor no prazo de cinco dias contatos do segundo leilão, dar quitação ao devedor em termo próprio.

Nesse ponto, é importante ressaltar que caso o devedor tenha se tornado inadimplente depois de ter amortizado mais de 90% (noventa por cento) da dívida a 2ª Seção do Superior

⁴⁶BRASIL. Lei no 9.514 de 20 de novembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1997, retificado em 24 nov. 1997

Tribunal de Justiça decidiu em 22 de fevereiro de 2017 pela não aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial podendo inclusive o credor-fiduciário promover a ação de busca e apreensão do imóvel alienado, tendo em vista que se trata de procedimento regulado por lei especial que visa a execução do crédito garantido por propriedade fiduciária.

Nas palavras de Melhim Namem Chahub quando se fala da teoria do adimplemento substancial podemos dizer que:

De fato, a teoria do adimplemento substancial não impede a execução do crédito em garantia real e, em consequência, sua satisfação com o produto de venda do bem, nem poderia impedir, pois esse é o meio legal para satisfação do crédito em caso de inadimplemento da obrigação garantida, não se justificando a vedação da cobrança de crédito fiduciário pelos meios definidos na legislação especial que regulamenta. Mesmo que se trate de procedimento extrajudicial, o desfecho da execução do crédito fiduciário é o mesmo da execução comum, ou seja, venda do bem objeto da garantia para satisfação do crédito e entrega do eventual saldo devedor; nesse procedimento são assegurados ao devedor meios de evitar a expropriação do seu direito aquisitivo, mediante purgação de mora, e mesmo que consolidada a propriedade do credor a lei lhe confere preferência para readquirir o imóvel por valor correspondente ao saldo devedor, até a realização do segundo leilão.⁴⁷

Outro ponto importante do leilão é a eventualidade de aviltamento do preço. De acordo com a Lei da Alienação Fiduciária, no segundo leilão é possível que ocorra a arrematação do imóvel pelo valor correspondente ao saldo devedor e seus acréscimos, isso se o devedor-fiduciante tiver amortizado quantia correspondente ao saldo devedor inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor da avaliação do imóvel que as partes estipularam no contrato, o imóvel poderá assim ser arrematado pelo preço vil.

⁴⁷CHALHUB, Melhim Namem, **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: Negócio Fiduciário**. 6º ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 320.

Contudo, esse dispositivo da lei da alienação fiduciária é contrário ao que está previsto no art. 891 do Código de Processo Civil⁴⁸, que estabelece a não aceitação de lance que ofereça preço vil, definindo preço vil como o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor de avaliação. Contudo, acredita-se que o credor-fiduciário deve aceitar o procedimento especial trazido pela lei da alienação fiduciária, baseado na regra que em conflito de normas aplica-se a lei especial em face da geral.

Finalmente, uma vez concluído o leilão e lavrado o correspondente auto, será devidamente averbado na matrícula do imóvel. Normalmente, depois que for encerrada todas as atividades relacionadas ao leilão, o credor presta contas ao devedor, essa prática está baseada no que prevê a legislação quando ocorre a venda do bem móvel objeto de alienação fiduciária, realizada também pelo credor-fiduciário.

3.2. Exoneração da Responsabilidade pelo Pagamento Integral da Dívida

A exoneração da responsabilidade pelo pagamento integral da dívida que eventualmente mantém-se após o segundo leilão está estipulada no § 5º do art. 27 da Lei de Alienação Fiduciária. Nada mais é do que um mecanismo compensatório, ela é justificada pelo sentido social da propriedade, isso porque a legislação optou por um processo especial de execução de crédito vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, prevendo, que, na hipótese de não haver lance que cubra o valor da dívida, ocorre de forma automática a adjudicação do imóvel ao credor com a quitação da dívida, tendo os mesmos efeitos que uma dação em pagamento.

Quando a Lei de Alienação Fiduciária foi formulada o entendimento era de que essa aplicação seria restrita ao mercado habitacional, o que justificaria essa proteção ao devedor-

⁴⁸BRASIL. **Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

fiduciante que é o lado mais fraco da relação. Contudo, posteriormente a Lei 10.931 de 02 de agosto de 2004, em seu artigo 51⁴⁹, estendeu a aplicação da alienação fiduciária de bens imóveis para garantias em geral, tanto habitacionais quanto empresarias, não fazendo nenhuma ressalva quanto ao perdão da dívida previsto na lei da alienação fiduciária.

Essa extensão da aplicabilidade do perdão da dívida, não encontra justificativas no propósito do legislador original, que era compensar a vulnerabilidade econômica do contratante mais fraco, para isso deveria ter criado mecanismos para taxar quem o perfil do contratante mais fraco, como por exemplo, limitando esse perdão da dívida aos casos de aquisição da casa própria cujo o preço não exceda a um valor correspondente ao padrão de mercado para moradias da população de menor poder aquisitivo.

O autor Melhim Namem Chalhub, também defende que a lei precisa restringir a aplicabilidade do perdão da dívida, e propõe uma opção ao legislador baseada em uma reportagem publicada pelo Valor Econômico:

Para correção dessa distorção propusemos que o perdão da dívida se restrinja aos financiamentos de imóvel habitacional cujo valor não exceda a setecentos salários mínimos, excluindo-se desse benefício as operações de financiamento não habitacional e as de autofinanciamento realizadas por grupos de consórcio.⁵⁰

⁴⁹ Lei 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm>, acesso em 14/06/2019.

⁵⁰ CHALHUB, Melhim Namem, **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: Negócio Fiduciário**. 6º ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 322.

Duas possibilidades já foram corrigidas pela legislação e não se aplicam o perdão da dívida, são os casos de consórcio que foi corrigido pelo art. 14, § 6º da Lei 11.795/2008⁵¹, dispondo que, caso o produto apurado na venda do bem não seja o suficiente para pagamento integral da dívida garantida, o consorciado inadimplente continuará responsável pelo pagamento do saldo devedor remanescente, não ocorrendo o perdão da dívida. A outra possibilidade que não é aplicado o perdão da dívida é o de abertura de crédito bancário, regulado pela Lei 13.476/2017, é aplicado ao devedor-fiduciante a regra geral do Código Civil⁵² de responsabilidade pelo pagamento integral da dívida.

Esses diferentes critérios de responsabilidade ou não pelo pagamento integral da dívida geram uma insegurança jurídica, além disso, o benefício do perdão da dívida que deveria ser alcançado em caráter excepcional, é concedido à nível de regra geral pela Lei da Alienação Fiduciária, enquanto a regra geral do Código Civil⁵³, previstas nos arts. 586 e 1.366 é aplicada como exceção.

Desse modo, entende-se que o legislativo deveria alterar o artigo 27, § 5º e 6º da Lei de Alienação Fiduciária, para adequá-lo ao sistema, restringindo sua aplicabilidade apenas nos casos dos devedores-fiduciários hipossuficientes apresentados acima e os demais casos devem ser aplicados a regra geral do Código Civil.

⁵¹ Art. 14. No contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, devem estar previstas, de forma clara, as garantias que serão exigidas do consorciado para utilizar o crédito (...) § 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11795.htm>. Acesso em 15/06/2019.

⁵² Código Civil, art. 586. O mútuo é os empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Art. 1.366. Quando, vendida a coisa, so produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>, acesso em 15/05/2019.

⁵³ BRASIL. **Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Além disso, Chalhub, se atenta também a outro fator que pode gerar uma insegurança, é a questão do risco de venda do imóvel em leilão por preço vil, nesse sentido ele entende que:

Em atenção ao risco de venda em leilão por preço vil, é também recomendável alterar o § 2º do art. 27 da Lei 9.514/1997, para o efeito de fixar como preço mínimo para venda do imóvel no segundo leilão o correspondente a 50% do valor de avaliação estipulado no art. 24, IV, e seu parágrafo único dessa mesma lei, como forma de adequar essa alienação forçada à regra do art. 981, parágrafo único do Código de Processo Civil, que qualifica como venda a preço vil aquela realizada por valor inferior a 50% do valor de avaliação.⁵⁴

Nesse sentido, podemos perceber que o legislador deve corrigir essa distorção alterando os artigos citados nesse capítulo, para melhor adequá-los ao sistema e garantindo assim o benefício do não pagamento integral da dívida apenas para os hipossuficientes nos contratos de alienação fiduciária.

3.3. Leilão de Dois ou Mais Imóveis Objeto de Alienação Fiduciária

Na medida em que a Lei 9.514/1997 nada dispõe sobre a execução do crédito garantido pela propriedade fiduciária de dois ou mais imóveis, devemos aplicar de forma subsidiária a regra do art. 899 do Código de Processo Civil⁵⁵, nesse sentido, de acordo com os princípios gerais aplicáveis à execução, havendo dois ou mais bens penhorados, todos eles são ofertados à venda forçada até que se obtenha o montante para conseguir satisfazer o crédito e os encargos quando isso ocorre o leilão é suspenso.

⁵⁴ CHALHUB, Melhim Namem, **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: Negócio Fiduciário**. 6º ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 324.

⁵⁵ Código de Processo Civil, art. 899: Será suspensa a arrematação logo que o produto da alienação dos bens for suficiente para o pagamento do credor e para a satisfação das despesas da execução. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 16/06/2019.

Pode-se ter situações que dificultem essa venda de dois ou mais imóveis em leilão, isso pode ser ocasionado por exemplo, quando os imóveis estão circunscritos em cartórios de registro de imóveis diferentes o que dificulta e em determinadas situações pode até impedir a realização conjunta da consolidação da propriedade e do leilão. Nesses casos, pode ser realizado leilões sucessivos, à medida que cada Cartório de Registro de Imóveis liberar a certidão de averbação da consolidação.

Conforme analisado até então ao longo do trabalho, a propriedade fiduciária possui características peculiares e conseqüentemente o procedimento do leilão nesse caso não deve ser comparado a outros meios extrajudiciais de cobrança de dívida baseado nos outros direitos reais de garantia.

Caso seja extinta parcialmente o valor da dívida com o produto da venda de um imóvel, os outros continuarão respondendo pelo saldo renascente da dívida em atenção ao princípio da indivisibilidade da garantia. O que importa, à luz dos princípios gerais aplicáveis a execução, é que se alcance a efetividade do procedimento, ou seja, que consiga através do leilão o montante correspondente ao valor do crédito, por meio de uma ou mais arrematações, que o credor obtenha seu crédito e como consequência suspenda o procedimento de expropriação.

3.4 Constitucionalidade dos Meios Extrajudiciais de Realização de Garantias

O contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, conforme apresentado ao longo do trabalho, visa dotar o ordenamento jurídico brasileiro de mecanismos capazes de propiciar rápida recomposição de situações de mora, em prazos compatíveis com as necessidades exigidas pelo mercado, visando sempre um interesse maior que busca a permanência das ofertas de créditos para esses investimentos imobiliários, visto que os meios tradicionais não mais satisfazem a nossa sociedade e as relações de créditos exercidas, principalmente por causa de dois fatores, desvantagens pelo custo desse crédito e morosidade em executá-lo.

Desse modo, os mecanismos adotados pela alienação fiduciária e outras normas especiais de crédito, se ajustaram as necessidades que uma sociedade como a nossa possui, harmonizando os interesses coletivos da oferta de crédito e gerando um grande impacto econômico, mas não esquecendo das garantias individuais disciplinadas na nossa Constituição. A nossa sociedade constantemente dá indícios da morosidade do nosso sistema judiciário, e é nesse sentido, que o nosso Código de Processo Civil vem se modulando e se desenvolvendo à fim de superar problemas decorrentes da sobrecarga do judiciário e da burocratização.

É nesse contexto que o voto proferido no RE 223075-DF⁵⁶ reconhece a necessidade de mecanismos eficazes para recomposição de situações de mora do devedor, como forma de manutenção dos sistemas de crédito gerando um benefício para toda sociedade.

Nesse sentido, não há duvidadas que o leilão decorrente de dívida de contrato de alienação fiduciária é um caso que se buscou de forma eficaz a transferência da propriedade rapidamente ao credor-fiduciário garantido assim uma solução mais célere, porém buscando respeitar os princípios garantidos pela nossa carta magna, como o da ampla defesa e o devido processo legal, porém o recurso ao judiciário nesse caso só ocorre se houver lesão ou ameaça de lesão ao direito. Isso faz com que essa forma de garantia seja sólida e gere a segurança que a nossa sociedade precisa para esses tipos de operações.

⁵⁶ EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da Republica, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido. (STF - RE: 223075 DF, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 23/06/1998, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 06-11-1998 PP-00022 EMENT VOL-01930-08 PP-01682 RTJ VOL-00175/02 PP-00800). Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14698466/recurso-extraordinario-re-223075-df>>. Acesso em 16/06/2019.

A venda extrajudicial de bem objeto de garantia fiduciária, o devedor-fiduciante pode exercer seu direito de ação sempre que ocorrer essa lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos, inclusive verificada a inobservância dos requisitos legais baseados nos princípios da aplicação geral e das normas específicas, que delineiam o regime legal peculiar de cada modalidade de venda do imóvel.

A inobservância dessas normas, como por exemplo o prazo de carência disposto no artigo 26 da Lei 9.514/1997⁵⁷ e outros que foram apresentadas ao longo deste trabalho que causem lesão ou ameaça de lesão a direito, enseja a atuação judicial não só para reprimir ou impedir a prática de ato lesivo, como também, para sana-lo na forma aplicável pelo nosso ordenamento jurídico.

⁵⁷BRASIL. Lei no 9.514 de 20 de novembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1997, retificado em 24 nov. 1997

4. A GARANTIA FIDUCIÁRIA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Os princípios fundamentais de defesa do consumidor estão presentes nos arts. 4º e 5º da Lei 8.078/1990, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, o Código do Consumidor destaca a vulnerabilidade do consumidor no mercado, busca a harmonização dos interesses dos participantes dessas relações de consumo e visa proteger o consumidor, mas buscando formas de compatibilizar as necessidades de desenvolvimento econômico que as relações de consumo oferecem para nossa sociedade, sempre baseado na boa-fé e buscando o equilíbrio entre as partes nessas relações.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor visa coibir a prática de abusos contra o consumidor, contemplando mecanismos de proteção que busquem proteger as atuais relações de consumo, visto que ao longo dos anos essas relações de consumo sofreram modificações com a evolução da nossa sociedade. Com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o direito pátrio mitigou o princípio da liberdade contratual, vedando certas cláusulas que foram consideradas pelo legislador como abusivas, sendo agora nulas de pleno direito.

Entendemos que o Código de Defesa do Consumidor instituiu importantes mecanismos de compensação para os desequilíbrios que ocorrem nessas relações. Agora vamos a incidência do Código de Defesa do Consumidor na formação e na execução do contrato de alienação fiduciária de imóveis, isso porque, o Código de Defesa do Consumidor faz menção de forma explícita ao contrato de alienação fiduciária em seu art. 53.

4.1 A Prevalência das Leis Especiais em Face do Código de Defesa do Consumidor

Ao entrar no ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor alguns questionamentos se com a sua vigência ele teria revogado alguns dispositivos do Código Civil por exemplo, já que ele buscava diferentes soluções para situações já contempladas pelo ordenamento. Nesse sentido Melhim Namem Chalhub entende que:

À vista dos princípios gerais de vigência da norma jurídica, pode-se dizer que o CDC tem duas faces: uma de lei especial, na medida em que impõe regras para as relações contratuais e extracontratuais exclusivamente entre pessoas definidas como consumidores e fornecedores, e outra de lei geral, na medida em que prevê que os princípios da boa-fé e do equilíbrio sempre regerão toda e qualquer relação jurídica, sem discriminar espécies de contrato.⁵⁸

Assim, entendo que em relação ao Código Civil o Código de Defesa do Consumidor é lei especial, já que só trata das relações das pessoas enquanto consumidoras ou fornecedoras. Devemos observar, entretanto, que o Código de Defesa do Consumidor só trata de determinados aspectos das relações de consumo, não há, portanto, que se falar em revogação das normas do Código Civil devemos então manter a coexistência de ambas e nos casos de antinomia real aplicar a norma mais adequada ao caso concreto.

De outro lado, em relação as leis especiais, como a Lei 9.514/1997 que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, ou seja, dispõe sobre espécie de contrato determinada com disciplina própria, sendo o Código de Defesa de Consumidor é lei geral e deve ser vista sobre os princípios da equidade e boa-fé. Desse modo, prevalece a norma especial sobre a norma geral, é a Lei da Alienação Fiduciária que deve prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor no que é específico que foi definido na Lei da Alienação Fiduciária, observando sempre os princípios da boa-fé e equidade que estão contemplados com essa visão de proteção ao consumidor trazida pelo Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁸ CHALHUB, Melhim Namem, **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: Negócio Fiduciário**. 6º ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 362.

É nesse sentido o ensinamento de Cláudia Lima Marques, que, ao examinar as antinomias em face do Código de Defesa do Consumidor, observa que:

Ambas as leis permanecem no sistema haveria prevalência de lei especial. [...]. A jurisprudência tende a conceder prevalência às normas especiais, sempre que não em conflito com a Constituição. [...] A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes, normas conciliáveis com estas. Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de condutas gerais e estabelece princípios, raros serão os casos de incompatibilidade. Se, porém, os casos de incompatibilidade são poucos, nestes há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia. [...] Assim, o CDC como lei geral de proteção dos consumidores poderia ser afastado para aplicação de uma lei nova especial para aquele contrato ou relação contratual, como no caso da lei sobre seguro-saúde.⁵⁹

Em caso de aparente contradição entre essas normas, essa contradição pode ser sanada através dos critérios já observados por Noberto Bobbio que busca a priorização da lei especial naquilo que tem de peculiar parte do pressuposto de que sua formulação atende à singularidade da situação que trata e, em regra, é dotada de efetividade específica em relação à situação peculiar.

Contudo, existem divergência na nossa doutrina a respeito da incidência ou não do artigo consumerista. Em sentido contrário ao defendido acima, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe⁶⁰ defendem a relação entre as situações de compromisso de compra e venda de imóvel e a retomada de imóvel alienado fiduciariamente. Desse modo, entendem que a omissão da Lei de Alienação Fiduciária, quanto à devolução de importâncias no caso de leilão negativo, não pode ser interpretada contra o devedor-fiduciante. Devendo esse silêncio ser entendimento à luz das normas dos artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor e, em decorrência assegurar ao devedor-fiduciante o decaimento parcial das parcelas, sendo vedada a perda total, inclusive ele utiliza-se da

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8º ed. São Paulo: RT, 2016, pag. 2.

⁶⁰ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia Fiduciária**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 257.

jurisprudência dos compromissos de compra e venda de imóveis comuns para aplica-la aos contratos de compra e venda com alienação fiduciária de imóvel.

Contudo, deve-se entender a corrente defendida por Paulo Restiffe é minoritária e que o compromisso de compra e venda comum de imóvel muito se diferencia do contrato de alienação fiduciária.

Assim, visto que a Lei 9.514/1997 é norma especial nova em relação ao Código de Defesa do Consumidor, prevalece sobre este naquilo que tem de específico, observados os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, entre outros, que são aplicáveis a toda espécie de contrato.

A Lei 9.514/1997 regula de forma coerente a matéria que trata o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor com os princípios que inspiram essa disposição e resguardando os direitos do devedor em estrita conformidade com a natureza do contrato de mútuo.

Ao regular as consequências do inadimplemento do devedor e a resolução do contrato, o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor⁶¹, impõe limitações à estipulação das cláusulas penais, considerando nula a cláusula que preveja perda total das quantias pagas pelo devedor, em caso de resolução do contrato por inadimplemento.

Nesse sentido, a lei de alienação fiduciária no seu art. 27, ao dispor igualmente sobre as consequências do inadimplemento do devedor e sobre a extinção do contrato de alienação fiduciária, impõe ao credor o dever de colocar à venda, em leilão, o imóvel e entregar ao devedor

⁶¹ Art. 53, do Código de Defesa do Consumidor. 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 16/06/2019.

a quantia que exercer o valor de ser crédito, tratando exaustivamente dos procedimentos correspondentes, incluindo ainda possibilidade do devedor de retomada do imóvel quitando a dívida até o segundo leilão, conforme já apresentado acima.

Importante notar que o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, não afasta a incidência da cláusula penal e, portando, não exonera o devedor o dever de reparar as perdas e danos resultantes da mora ou do inadimplemento. Apenas veda a exacerbação da pena, sem, entretanto, fixar seus limites. Enquanto o art. 27 da lei da alienação fiduciária define de forma concreta as limitações a que está sujeito ao credor.

De fato, ao disciplinar as consequências da mora e do inadimplemento do devedor, a lei da alienação fiduciária age de forma coerente com a natureza dos contratos, já que a regra que autoriza a retenção pelo credor-fiduciário da quantia correspondente à dívida do devedor-fiduciante está de acordo com o princípio enunciado no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor e pela natureza do contrato de mútuo, explicitada pelo art. 586 do Código Civil⁶².

Considerando, assim, o conteúdo e a finalidade das normas em questão, podemos concluir que a aplicação do princípio contido no Código de Defesa do Consumidor se dá nos termos do critério específico estabelecido pelo referido art. 27, que é adequado à estrutura e função da garantia fiduciária e do contrato de mútuo, pelo qual o devedor deve restituir integralmente a quantia tomada por empréstimo.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, tem decidido por confirmar a prevalência da norma especial que regulamenta o procedimento de extinção do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis sobre a norma geral do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor com fundamento

⁶² Art. 586 Código Civil: O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso no dia 15/06/2019.

que existe regra especial que deve se preponderar sobre a regra geral do Código de Defesa do Consumidor. Como no Recurso Especial abaixo:

A rescisão do mútuo com alienação fiduciária em garantia, por inadimplemento do devedor, autoriza o credor a proceder à venda extrajudicial do bem móvel para o ressarcimento de seu crédito, impondo-lhe, contudo, que entregue àquele o saldo apurado que exceda o limite do débito. Daí não se poder falar na subsunção da hipótese à norma do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, o qual considera nulas, tão-somente, as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, em caso de inadimplemento do devedor, tampouco no direito deste de reaver a totalidade das prestações pagas. Recurso especial não conhecido. (...) Patente, destarte, o dissídio jurisprudencial, razão pela qual merece ser provido o presente recurso especial, determinando-se aplicação da regra do § 4º do art. 27 da Lei n.º 9.514/97. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença. Intimem-se. Brasília (DF), 28 de maio de 2015.
MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO Relator
(STJ - REsp: 1421845 SP 2012/0004605-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 01/06/2015).⁶³

Contudo, deve-se nos atentar aos casos em que o valor do bem alienado fiduciariamente através do leilão, supere o valor da dívida e dos encargos. Nessas situações podemos aplicar a regra do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor para assegurar a equidade e o equilíbrio das relações contratuais que é o que essa legislação busca tutelar.

Em síntese, a regra do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor não pode ser aplicada de maneira invariável a todos os casos concretos de alienação fiduciária, mas somente àqueles casos em que o valor da venda do imóvel obtido no leilão supere o valor da dívida e dos encargos,

⁶³ REsp: 1421845 SP 2012/0004605-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 01/06/2015, Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194038944/recurso-especial-resp-1421845-sp-2012-0004605-0>>. Acesso no dia 15/06/2019.

buscando a proteção do devedor-fiduciante e evitando que o credor-fiduciário se aproprie do excesso do crédito.

Podemos concluir que a Legislação da Alienação Fiduciária, ao regulamentar a venda do imóvel objeto da garantia, cuida de resguardar o devedor contra o risco de perda total das quantias pagas, não havendo, portanto, qualquer confrontação entre as normas da alienação fiduciária e a vedação contida no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou demonstrar como a criação da alienação fiduciária trouxe benefícios para o ordenamento jurídico brasileiro, isso porque introduziu uma forma de garantia mais segura fomentando assim o poder de crédito nas relações e conseqüentemente a economia. Essa garantia real traz a rapidez e liquidez ao credor que as outras garantias como a hipoteca não tinham, e para o devedor, essa forma de garantia apresenta mais vantagens do que as garantias pessoais, isso porque a fiança e o seguro-fiança geram obrigações caras e que nem sempre o devedor hipossuficiente poderá arcar ou conseguir essa garantia com um banco.

Assim, decorridos mais de 20 anos de vigência da lei, é facilmente perceptível o efeito prático dessa nova modalidade de garantia, notadamente pela grande oferta de financiamento imobiliário pelas mais diversas instituições financeiras do país, que, com a nova garantia atraiu sobremaneira o capital financeiro, propiciando o recrudescimento do setor da construção civil privada.

Nesse ponto do trabalho, podemos definir que a alienação fiduciária de bem imóvel se dá pela transferência fiduciária da propriedade do bem imóvel do devedor para o credor. Sendo essa a principal diferença dela para as demais garantias reais, como penhor, anticrese e hipoteca - o titular da garantia tem um direito real na coisa alheia, enquanto na propriedade fiduciária o titular da garantia é titular de direito de propriedade, embora limitado pelo caráter fiduciário. Desse modo, o devedor-fiduciante tem a posse direta do imóvel, mas o credor-fiduciário tem a posse indireta e caso algum evento incerto ocorra, como por exemplo, o devedor se torne inadimplente, a propriedade do imóvel se consolida no nome do credor-fiduciário que deverá, nos termos da lei, promover o leilão.

A Lei no 9.514 de 1997 inovou significativamente com o procedimento de excussão da garantia, que pode ser realizado sem a intervenção do Poder Judiciário através do leilão

extrajudicial, evitando a morosidade percebida em outras formas de execução de garantia, a exemplo, na excussão hipotecária.

Em relação ao procedimento citado acima, e depois que o credor notificar o devedor na forma da lei, podem ser realizados dois leilões públicos. No primeiro, o preço mínimo para venda é o estabelecido pelas partes no contrato de alienação fiduciária. Caso o primeiro leilão seja frustrado, o segundo o preço mínimo é o da dívida mais os encargos previstos na Lei de Alienação Fiduciária.

No entanto, se frustrada a venda no segundo leilão, observou-se que o devedor receberá a quitação da dívida, sendo vedada qualquer cobrança por eventual débito, e que, em contrapartida, o credor receberá a propriedade plena do bem. Nesse sentido, o legislador buscou uma proteção ao devedor na alienação fiduciária imobiliária, que tende a ser o lado mais fraco do contrato.

Entrando especificamente no assunto de proteção ao devedor, após uma profunda análise da Lei de Alienação Fiduciária, e corroboradas por doutrina e jurisprudência, a não aplicação do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor já que além da Lei no 9.514 de 1997 ser posterior ao Código de Defesa do Consumidor a Lei da Alienação Fiduciária é lei especial devendo se sobrepor à lei geral.

Por todo o exposto neste trabalho, entende-se que o contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis é um direito real, criado por lei e possui as características necessárias para continuar com sua crescente utilização, já que esse contrato atende uma operação muito importante para economia brasileira, buscando proteger de acordo com os princípios que regem o Código de Defesa do Consumidor a população que deseja adquirir o imóvel e também garante aos credores uma garantia mais segura criando mecanismos que facilita a recuperação do crédito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário** – 12º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

ALVES, José Carlos Moreira. **Alienação Fiduciária em Garantia**, 3º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ANDRADE, José Alfredo Ferreira de. **Da alienação fiduciária em garantia**, São Paulo, Livraria e editora universitária do direito, 1970.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário**. 6º ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. **Trust – Fidúcia: repercussões do instituto anglo-americano no direito brasileiro**, Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: doutrina e jurisprudência, n 51, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – volume V**. São Paulo: Saraiva, 2004

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: RT, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – volume IV**, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERES, Tatiana Bonatti. **Temas de Direito Imobiliário e Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia Fiduciária**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SCAVONE, Luiz Antonio Junior. **Direito Imobiliário – Teoria e Prática**. 10º ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SAAD, Renan Miguel. **Alienação fiduciária sobre bens imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais** – 16º ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.