

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

NATHAN GUINSBURG CIDADE

A PENHORA NO BEM IMÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE

São Paulo
2016

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogeae – E-mail: infocogeae@pucsp.br

NATHAN GUINSBURG CIDADE

A PENHORA NO BEM IMÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito para obtenção do certificado de Especialização em Direito Imobiliário.

Orientador: Everaldo Augusto Cambler

São Paulo
2016

NATHAN GUINSBURG CIDADE

A PENHORA NO BEM IMÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do certificado de Especialização em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Professor Orientador

Nome: Everaldo Augusto Cambler

Nota: _____ (_____)

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho a todos que sempre me apoiaram e não me deixaram desistir principalmente nos momentos mais difíceis, a todos os professores que fizeram parte da minha grade, ao meu orientador que me deu toda orientação para conclusão do presente trabalho e por fim a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e a Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão pela oportunidade de ter em meu currículo, o nome de tão renomada Universidade.

RESUMO

Com o presente trabalho objetiva-se abordar a respeito da possibilidade ou não de penhora de bem imóvel alienado fiduciariamente, estudando os institutos da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, da penhora, inclusive a de direitos no caso do bem alienado fiduciariamente, trazendo decisões em que fora decidida pela penhora sobre o bem imóvel alienado fiduciariamente e não sobre os direitos do devedor fiduciante, sob o argumento de que os exequente seriam credores de dívidas *propter rem*, estudando também o que são as chamadas obrigações *propter rem*.

Palavras-chave: Processo Civil. Alienação Fiduciária. Propter Rem. Penhora. Direitos.

ABSTRACT

The objective of this present work it is address the respect If the possibility or property and attachment of non alienated fiduciary studying the institutes of liens on property and assurance of attachment , including a no rights should do well alienated fiduciary, bringing decisions in forums decided que for the attachment on the property alienated fiduciary not about rights do trustor debtor under the que argument the creditor would debt lenders propter rem, studying also what are called as bonds propter rem .

Keywords : Civil Lawsuit. Fiduciary Alienation. Propter Rem . Garnishment. Justice.

SUMÁRIO

1. Introdução	1
2. Da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis	2
2.1 Breve histórico do instituto da alienação fiduciária no Brasil.....	2
2.2 Conceito	5
2.3 Elementos e requisitos do contrato de alienação fiduciária.....	7
2.4 Procedimento	9
2.5 Propriedade Resolúvel	10
2.6 Da retomada do imóvel pelo credor-fiduciário	14
2.6.1 Da notificação	14
2.6.2 Da Consolidação da propriedade	17
2.6.3 Do leilão	19
2.6.4 Da extinção do contrato	20
2.7 Das limitações da propriedade dada em garantia fiduciária.....	21
3. Da penhora	24
3.1 Conceito	24
3.2 Natureza jurídica da penhora	27
3.3 Penhora do imóvel por dívida condominial	29
3.4 Penhora sobre direitos de bem alienado fiduciariamente.....	30
4. Da obrigação <i>propter rem</i>	35
4.1 Conceito	35
4.2 Natureza jurídica da obrigação <i>propter rem</i>	37
4.3 Extinção da obrigação <i>propter rem</i>	38
5. Das decisões contrárias a tese ora defendida	40
6. Conclusão.....	43
Bibliografia	45

1. INTRODUÇÃO

Pretendemos com o presente estudo, entender melhor o instituto da alienação fiduciária, bem como a chamada propriedade resolúvel, trazer conceitos acerca da penhora e abordar sobre a possibilidade da penhora recair sobre o bem imóvel alienado fiduciariamente ou se a penhora deverá recair apenas sobre os direitos do imóvel alienado fiduciariamente, apontando questões polêmicas envolvendo o tema, incluindo possíveis erros judiciais com relação à penhora do próprio imóvel alienado fiduciariamente em vista de execução movida pelo credor de dívida *propter rem*.

Abordaremos conceitos da alienação fiduciária, seu procedimento, além dos conceitos e natureza jurídica da penhora e da dívida *propter rem para melhor* entender os institutos.

Observamos que inúmeras são as decisões que acabam por determinar a penhora do próprio imóvel alienado fiduciariamente, quando em verdade deveriam estar sendo penhorados os direitos do devedor fiduciante, caso contrário o instituto da alienação fiduciária não teria a segurança necessária concedida ao instituto pela Lei.

2. Da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis

2.1 Breve histórico do instituto da alienação fiduciária no Brasil

O instituto da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis passou a ser regulada no Brasil em 1997 com a publicação da Lei 9.517/97, embora tenha sua origem histórica no direito romano, sendo uma forma de garantia real do crédito ou dos negócios jurídicos.

A alienação fiduciária é um direito real que está inserido dentro no direito de propriedade previsto nos artigos 1.361 ao 1.368-A do Código Civil, e se constitui na transferência ao credor da propriedade do bem garantidor, ficando o devedor com a posse direta do bem e, adimplido o contrato, o devedor retoma a posse do imóvel e caso contrário, ou seja, em caso de inadimplência, o credor reaverá a posse direta do bem, promovendo a execução da garantia.

Com sua origem no direito romano pela chamada *fiducia* que se caracterizava como um contrato de confiança, através do qual havia a transferência da posse do bem, mas com o intuito de proteção daquele e não de garantia de cumprimento de obrigações, devendo ser restituído à vontade do proprietário, denominando-se *fiducia cum amico*, posteriormente realizada como transferência da posse até o pagamento da dívida, e assim, denominada *fiducia cum creditore*.

A fidúcia, antes de ser colocada no sistema jurídico, já era utilizada pelos romanos tendo como base a confiança entre duas partes ou mais em um negócio entabulado.

Todas as modalidades de fidúcia da Roma antiga tinham o mesmo sistema, a entrega de algo, a transferência da propriedade com o fim de que fosse devolvida depois de cumprida determinada obrigação, ou seja, sendo latente o aspecto real, vez que o credor tornava-se proprietário e o aspecto obrigacional com a devolução da coisa pelo devedor, desde que cumprida à obrigação.

Do sistema romano nasce o negócio fiduciário, que funcionava sendo o credor titular pleno do bem, ficando o devedor desprotegido, vez que a garantia era a confiança na lealdade e honestidade do credor.

Posteriormente, da fidúcia romana surgiu o *treuhand* no direito germânico, esse com função de natureza obrigacional, nesse caso o fiduciário adquiria uma titularidade sob uma condição resolutiva que, uma vez cumprida, havia o retorno da propriedade ao devedor.

No direito Inglês surgiu o chamado *Trust*, marcado pelo desdobramento da propriedade, bem como o *Chattel Mortgage* do direito anglo-saxônico, que nada mais era que a transferência definitiva do bem ao credor em garantia da dívida, que passava a ter o *dominus*.

A legislação brasileira, em um primeiro momento reconheceu a chamada retrovenda, também conhecida com pacto de retrovenda ou venda fiduciária, como forma de garantia da dívida, apresentado como

ato fiduciário característico sendo regulado nas Ordenações Filipinas Livro IV, Título IV¹.

Assim, temos que a alienação fiduciária em garantia foi introduzida inicialmente no Brasil pela Lei 4.728 de 14 de julho de 1965, especificamente em seu artigo 66 que disciplinava o mercado de capitais e estabelecia medidas para seu desenvolvimento, que passou a ter autonomia com o Decreto-Lei 911/69.

O instituto da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro tinha o objetivo de oferecer maior segurança às operações de crédito no mercado de títulos e valores, mas que com o passar dos anos e levando-se em conta o enfraquecimento das tradicionais garantias reais mobiliárias, surgiu a garantia para bens móveis, para que fosse estimulado o consumo.

A alienação com garantia fiduciária surgiu em resposta ao desatendimento da demanda do mercado de transações de bens móveis e imóveis de elevado valor

¹ LIMA, Otto de Souza. Negócio Fiduciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, p. 120-121.

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogeae – E-mail: infocogeae@pucsp.br

comercial, traduzindo-se como uma alternativa a institutos como o penhor, a anticrese e a hipoteca que se perfazem por meio de procedimento de execução judicial e a morosidade própria da estrutura que servia como desestímulo à celebração de negócios dessa natureza.

Outros créditos passaram a perder a garantia de crédito, deixando de atender às expectativas do credor, surgindo a alienação como garantia eficaz ao negócio, utilizada no Brasil, especialmente, na securitização de créditos e garantia no direito imobiliário, neste último, a prática do mercado é a da celebração de contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária e se o bem é financiado, firma-se o contrato de financiamento com aquele pacto.

Assim, visando proteger o crédito do mercado de capitais, institui-se no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 4.728, conforme acima relatado e estendido aos bens imóveis com a promulgação da Lei 9.514 no ano de 1997.

A Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis surgiu em decorrência da necessidade dos credores de possuir um instituo que desse celeridade na recomposição dos seus créditos, visto que com a hipoteca, esse fato já não ocorria, visto levar anos de espera no judiciário para solução do caso, os devedores necessitavam de segurança, já que a falência do setor da construção civil era latente na época e o mercado precisava de qualquer forma retomar seu crescimento econômico, uma vez que o Sistema Financeiro de Habitação não acolhia toda demanda.

Diante da soma de todos esses fatores, o governo se motivou na criação de políticas econômicas para geração de empregos e ingresso de capital estrangeiro no Brasil.

Dessa forma, fora promulgada a Lei nº 9.514/97 regulamentou a alienação fiduciária e a conceituou em seu artigo 22 como sendo:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogeae – E-mail: infocogeae@pucsp.br

transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

A Lei nº 9.514/97, alterada pela MP 2.223/01 e pela Lei 10.931/04, introduziu no sistema jurídico a alienação fiduciária para bens imóveis, que até esse momento era aplicada, tão somente, a bens móveis adquiridos mediante financiamento.

Havia necessidade de incentivar a iniciativa privada e os agentes financeiros a investir no mercado, o que não se vislumbrava com a inconstância das regras do SFH (Sistema Financeiro de Habitação), a morosidade do judiciário, os índices da inflação cada vez mais altos, a instabilidade econômica, as taxas de juros elevadas praticadas no mercado e a elevada carga tributária.

Visando estimular o mercado, a Lei proibiu a aplicação de normas do SFH, autorizou a celebração do negócio jurídico por instrumento particular com força de escritura pública para fins legais, possibilitou a arbitragem para solucionar os litígios, tornou livre a convenção das cláusulas de juros e assegurou rapidez no retorno do crédito ao financiador.

2.2 Conceito

Para compreensão do instituto da alienação fiduciária em garantia Alfredo Buzaid diz que é:

Indispensável primeiro que tudo, conhecer a teoria geral do negócio fiduciário².

Melhim Naem Chalhub ensina que:

O negócio de natureza fiduciária é negócio bilateral, composto por dois acordos que criam uma situação *sui generis*, pela qual uma parte (alienante-fiduciário) transmite a propriedade de certos bens à outra parte (adquirente-fiduciário), que embora passando a exercer os direitos de proprietário, *erga omnes*, assume, no campo obrigacional, na suas relações com o fiduciante, o dever de dar aos bens adquiridos a destinação determinada pelo próprio fiduciante e com este acordada na forma do citado pacto adjeto, *conceito* de fiança é o de obrigação acessória, assumida por terceira pessoa, que vem garantir total ou parcialmente, o cumprimento da obrigação principal de

² BUZAID, Alfredo. Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia. São Paulo: revista dos Tribunais, 1969, 401 v., p. 10.

outrem chamado devedor, caso este não a cumpra ou não possa cumpri-la, no lugar, tempo e forma convencionados³.

Na mesma obra, o autor parafraseia Pontes de Miranda que assim entendia:

é bilateral porque encerra a constituição de direitos e obrigações para ambas as partes.(...) será oneroso, se o fiduciante transmitir a propriedade com vistas a uma correspondente contra-prestação que se impuser ao fiduciário, ou se tiver na contrapartida, o direito de obter uma prestação do fiduciante ⁴.

O Ilustre professor Luiz Antônio Scavone Junior disserta sobre a conceituação de alienação fiduciária no seguinte sentido:

A alienação fiduciária de bem imóvel surge no Direito pátrio através da Lei 9.514/1997, sendo definida como o negócio mediante o qual o devedor (fiduciante), transmite a propriedade imobiliária ao fiduciário (credor), em garantia da dívida assumida pela aquisição de imóvel⁵.

Ainda, nos termos dos arts. 25 e 33 da Lei 9.514/1997 a propriedade transmitida ao credor (fiduciário) é resolúvel, ou seja, havendo o pagamento da quantia contratualmente ajustada à propriedade que até então era do credor (fiduciário) retorna ao antigo proprietário, o devedor (fiduciante).

Autores como Renan Miguel Saad, entendem que a alienação fiduciária em garantia não se confunde com o negócio fiduciário, afirmando que:

A alienação fiduciária não é espécie de negócio fiduciário e sim de direito real de garantia de categoria autônoma e que se identifica por ser acessório a um negócio jurídico principal e conferir garantia ao credor através da transferência resolúvel da propriedade⁶.

O Mesmo autor continua e conceitua a alienação fiduciária como:

Contrato de efeitos reais que visa à constituição de direito real acessório de garantia, segundo o qual se transferem ao fiduciário (credor) a propriedade resolúvel e a posse indireta de uma coisa, com a finalidade de assegurar o cumprimento da obrigação principal pelo fiduciante (devedor) que se tornará possuidor indireto do aludido bem⁷.

Viegas complementa entendendo que:

Como negócio de garantia que é, se desenvolve como direito acessório,

³ CHALHUB, Melhim Namem, Negócio Fiduciário. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.11-2.

⁴ CHALHUB, Melhim Namem, Negócio Fiduciário. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.47.

⁵ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio, 1966– Direito imobiliário – Teoria e prática – 7.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁶ SAAD, Renan Miguel. A alienação fiduciária sobre bens imóveis, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 80-81.

⁷ SAAD, Renan Miguel. A alienação fiduciária sobre bens imóveis, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 82.

dependente de uma obrigação principal, notadamente um contrato de mútuo, pelo qual o devedor – chamado de fiduciante – realiza, por si, ou por intermédio de terceiro, a entrega de bem imóvel, para o credor – dito fiduciário -, em propriedade resolúvel, enquanto durar a obrigação principal⁸.

Melhim afirma que:

Ao ser contratada a alienação fiduciária, o devedor-fiduciante transmite a propriedade ao credor-fiduciário e, por esse meio, demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor-fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal.⁹

Dessa forma, é possível concluir que a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel é um direito real de garantia, autônomo e acessório a um negócio jurídico principal, no qual é transferida ao credor (fiduciário) a propriedade resolúvel e a posse indireta da coisa imóvel do devedor (fiduciante) quemantém a posse direta até o cumprimento da condição resolutiva contratada.

2.3 Elementos e requisitos do contrato de alienação fiduciária

Como em qualquer negócio jurídico, existem os elementos e requisitos para a validade do contrato, como o agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104, Código Civil).

Os sujeitos do contrato são: o comprador, vendedor, garante e financiador, já a capacidade é aquela relativa à de contrair obrigações e de dispor livremente dos seus bens, o objeto é o bem móvel e a coisa futura e quanto à forma, a sua contratação deverá se dar por escrito, através de documento público ou particular, devendo conter os requisitos previstos no art. 24 do Lei nº 9.514/97, quais sejam:

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

⁸ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 41.

⁹ CHALHUB, Melhim Namem. Negócio Fiduciário. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2000, 2ª ed. Pág.222.
COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

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

No contrato caberá, ainda, ser prevista as penalidades da mora, procedimentos de intimação para abertura de oportunidade para a purgação da mora, como se dará a convalidação da propriedade ao credor, os valores a serem considerados nos leilões, as condições de restituição, a previsão da taxa de ocupação, a contratação de seguros e demais previsões necessárias ao negócio.

Como contrato bilateral, as partes se obrigam ao cumprimento de determinadas obrigações e direitos recíprocos. Quanto ao fiduciante cabe obter a propriedade plena pós o resgate da dívida, exercer o uso e fruir do imóvel, mover as competentes ações possessórias, praticar os atos conservatórios do bem e receber o saldo do leilão, obrigando-se, por seu turno, a adimplir a dívida e seus acessórios, pagar o IPTU, contribuições condominiais e demais encargos do imóvel e responder civilmente perante terceiros.

Ao fiduciário cabe receber seu crédito, apropriar-se do produto da venda do imóvel, ressalvada a devolução do crédito remanescente à dívida ao fiduciante, consolidar a propriedade em seu nome, mover ação de reivindicação e ações possessórias e reintegração de posse do imóvel, após a consolidação, obrigando-se a respeitar a posse direta do fiduciante, liberar a garantia fiduciária até 30 dias após receber seu crédito, sob pena de multa, promover sua notificação e demais atos de cobrança e leilão de acordo com a lei, colocar o imóvel à venda, depois da consolidação, por meio de dois leilões públicos e devolver ao fiduciante o saldo apurado na venda do imóvel.

Por fim, temos que a alienação fiduciária é um contrato que confere segurança ao credor quanto à obtenção de seu crédito de forma mais célere que na hipótese de garantia hipotecária, pela possibilidade do procedimento de cobrança extrajudicial.

2.4 Procedimento

Traçaremos neste tópico uma breve análise do procedimento da alienação fiduciária, visto que o presente trabalho não trata especificamente da alienação fiduciária, não convido se alongar demasiadamente no assunto.

Uma vez formalizada a alienação fiduciária de bens imóveis com o devido registro da garantia do cartório de registro de imóveis, ocorre à transmissão da propriedade ao credor-fiduciário sob condição resolutiva (propriedade resolúvel).

Havendo o pagamento integral da dívida, retorna ao devedor-fiduciante a propriedade outrora transmitida; porém caracterizada a mora do devedor-fiduciário e devidamente formalizada perante o cartório competente, perde definitivamente este o bem dado em garantia, que se consolida plenamente no patrimônio de credor fiduciário.

Neste particular, identificamos dois desdobramentos distintos do instituto de alienação fiduciária: o primeiro, em virtude da sua caracterização como direito acessório de garantia, diz respeito às questões legais atinentes ao direito de propriedade sobre o bem; o segundo, por corolário lógico, diz respeito às normas relativas à liquidação da obrigação principal.

Conforme já sedimentado na jurisprudência dos nossos Tribunais, uma vez devidamente caracterizada a mora do devedor em contratos cuja garantia prestada fora a de alienação fiduciária sobre bens imóveis, consolida-se, definitivamente, a propriedade dos imóveis em nome do credor, após o devido preenchimento das formalidades legais pelo credor-fiduciário.

Assim, da natureza do próprio instituto, temos que a alienação fiduciária em garantia tem justamente o intento de facilitar a excussão da garantia do patrimônio do

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogeae – E-mail: infocogeae@pucsp.br

devedor ao credor em caso de mora deste último.

Isto é expresso no art. 26 da Lei 9.514/97, que assim dispõe:

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Para se evitar a definitiva transmissão da propriedade plena dos bens dados em garantia do devedor ao credor, a única alternativa que o devedor possui é a de impedir a caracterização da mora; seja através da purgação da mora com o pagamento da dívida em até 15 dias após o recebimento da notificação a que alude o §1º do art. 26, seja através de provimento jurisdicional (medida liminar ou tutela antecipada) suspendendo ou revogando os efeitos da mora.

Aliás, insta considerar que uma vez não sendo obtida a medida liminar ou tutela antecipada em medida judicial visando à suspensão ou revogação dos efeitos da mora em contratos de alienação fiduciária, é cediço que a consolidação da propriedade dos bens dados em garantia em nome do credor-fiduciário é ato jurídico perfeito e acabado, anulável apenas através de ação específica de anulação de ato jurídico.

Trata-se de negócio jurídico praticado pelo devedor que tinha plena consciência que estava se desfazendo da propriedade resolúvel sobre os bens dados em garantia e das consequências advindas do não pagamento pontual das prestações contratuais.

2.5 Propriedade resolúvel

Para melhor entendermos o instituto da alienação fiduciária em conjunto com o que adiante será exposto, necessário se faz uma breve análise da propriedade resolúvel, conforme veremos a seguir.

Embora exista no Código Civil um capítulo específico acerca da propriedade resolúvel (arts. 647 e 648), esta não foi definida, sendo apenas estabelecidas as

consequências da resolução do domínio, em relação aos direitos reais concedidos na sua pendência.

Afrânio Dantzger ensina que os artigos do Código Civil que trazem a propriedade resolúvel não a tipificam, mas:

apenas estabelecem as consequências da resolução do domínio no que diz respeito aos direitos reais concedidos na sua pendência, segundo as causas da resolução (...) a propriedade resolúvel decorre de uma cláusula que se condiciona ao ato para o fim de modificar uma ou algumas de suas consequências naturais, e os estudos e conceitos emitidos sobre ela baseiam-se no elemento accidental, que é a condição definida no art. 121 do CC, como a cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto¹⁰.

Conceitua o autor a propriedade resolúvel ou fiduciária como sendo:

Aquela em cujo ato de transmissão da propriedade é inserta uma condição que modifica a irrevogabilidade da propriedade transmitida, que se torna revogável, isto é, extingue-se, quando verificada a condição resolutiva¹¹.

Melhim Chalhub, ao lecionar sobre os requisitos essenciais do contrato constantes no art. 24 da Lei 9.514/97 ensina que tais requisitos:

remete-nos ao art. 5º, que por sua vez, estabelece determinadas condições essenciais para a consecução da finalidade da lei; essa finalidade é a circulação do crédito imobiliário, sem obstáculos¹².

Afirma que a Lei 9.514/97 proporcionou que existisse a contratação de financiamentos imobiliários em geral, com as mesmas condições das entidades que operavam no SFI, estabelecendo para as empresas do mercado imobiliário a legitimação para pactuar as condições de reajuste, juros e seguros, expostos no art. 5º, incisos I a IV.

Escreve ainda que:

a Lei 10.931/2004, no seu art. 46, deixa claro que os contratos de comercialização de imóveis em geral, com prazo mínimo de 35 meses, bem como os títulos e valores mobiliários deles oriundo, podem ter como referencial de atualização monetária índices setoriais ou gerais, bem como o índice específico de atualização básica dos depósitos de poupança, possibilitando, assim, a padronização do critério de atualização monetária em todos os

¹⁰ DANTZGER, Afrânio Carlos Camarco. Alienação fiduciária de bens imóveis. São Paulo: Método, 2007, p. 49.

¹¹ DANTZGER, Afrânio Carlos Camarco. Alienação fiduciária de bens imóveis. São Paulo: Método, 2007, p. 50.

¹² CHALHUB, Melhim Namem. Negócio Fiduciário. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2000, 2ª ed. p. 263.

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

circuito de crédito, desde sua origem, com a compra e venda do imóvel, até sua extinção, com o resgate do título lastreado naquele crédito¹³.

Assim, tem-se definido a propriedade resolúvel como aquela em cujo ato de constituição é inserida uma cláusula que prevê a sua extinção, verificado o advento de determinada condição ou termo.

Observa-se, portanto, que a propriedade resolúvel tem todas as características da propriedade comum, já enumeradas, exceto a irrevogabilidade, sendo assegurados ao proprietário todos os demais direitos contidos no art. 524, do Código Civil.

Uma vez constituída a propriedade fiduciária, averba-se no competente registro de imóveis a propriedade em favor do fiduciário, constando a condição resolutiva.

Com isso, cessa toda e qualquer restrição ao direito de propriedade, podendo o proprietário dispor de seu direito livremente, da forma que lhe for mais conveniente, inclusive quanto ao preço e apropriação dos eventuais recursos advindos da venda.

Em se tratando de propriedade resolúvel, e, logo, de propriedade fiduciária, conclui-se que o fiduciante é titular de direito expectativo à aquisição da propriedade, ou seja, enquanto não paga a obrigação assumida, figura, o devedor-fiduciante, como um proprietário potencial, titular de um direito expectativo que será concretizado tão logo pague a dívida.

Cumprе salientar que o direito expectativo não confere a seu titular a faculdade de gozo, é possível que a lei determine que este o tenha, a exemplo do que sucede na compra e venda com reserva de domínio, na qual o comprador, antes mesmo de pagar integralmente o preço, já pode usar e fruir do bem adquirido.

É exatamente isso que ocorre na propriedade fiduciária da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, na qual o desdobramento da posse em indireta e direta resulta do disposto no parágrafo único do art. 23 da Lei nº 9.514/97, que dispõe:

¹³ CHALHUB, Melhim Namem. Negócio Fiduciário. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2000, 2ª ed. p. 24/266.
COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Art. 23. 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.

Desta forma, o legislador objetivou integrar no conteúdo do direito expectativo do devedor-fiduciante a faculdade jurídica de ter a coisa alienada em sua posse direta, sem prejuízo dos interesses do credor-fiduciário.

Diante de todo exposto até o presente momento, é possível afirmar, que se trata da mais eficiente forma de garantia de proteção ao crédito existente no direito pátrio.

A eventual possibilidade de o mutuário inadimplente obter a devolução das prestações que tiver pagado antes de completada a reposição do valor do mútuo implicaria exonerá-lo (o mutuário inadimplente) do cumprimento da regra do art. 1.256, exoneração essa não prevista para o mutuário que esteja adimplente, o que constituiria flagrante violação do princípio da Isonomia.

De outra parte, vista a questão, agora, sob o ponto de vista do credor, será isonômica a regra que considere o credor-fiduciário equiparado ao credor-hipotecário e aos demais titulares de créditos com garantia real, sopesadas, naturalmente, as peculiaridades que tornam mais eficaz a garantia fiduciária.

Assim, se, por exemplo, ao credor-hipotecário se assegura o direito de receber a totalidade de seu crédito, igual direito deve ser assegurado ao credor com garantia real fiduciária, sendo esse direito temperado em razão da maior celeridade no processamento desse recebimento, o que justifica a regra pela qual é vedado ao credor-fiduciário buscar outros bens do devedor-fiduciante caso não se alcance, no segundo leilão, o valor da dívida e encargos.

Com efeito, o fato de a garantia fiduciária implicar a transmissão, ao credor, da propriedade do bem objeto da garantia, em caráter resolúvel, fez com que o legislador restringisse a atuação do credor sobre o patrimônio do devedor, e, assim,

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogeae – E-mail: infocogeae@pucsp.br

na medida em que, de uma parte, autoriza a constituição de um patrimônio de afetação com o bem objeto da garantia, conferindo ao credor a prerrogativa de exercer sobre ele um domínio resolúvel, de outra parte fixa um limite na satisfação do seu direito creditório, vinculando-o ao próprio bem que está sob seu domínio resolúvel, mesmo que, na excussão, o valor desse bem, no mercado (leilão) seja inferior ao valor pecuniário do direito creditório.

Dessa forma, em razão das prerrogativas inerentes à garantia fiduciária, notadamente o exercício do domínio pelo credor, conquanto resolúvel, e a maior celeridade dos procedimentos de excussão, a lei impede que o credor-fiduciário-imobiliário busque outros bens do devedor para obter a completa satisfação do seu crédito, no caso de não se alcançar, no segundo leilão, valor que o satisfaça.

2.6 Da retomada do imóvel pelo credor-fiduciário

2.6.1 Da notificação

No caso de o devedor fiduciante deixar de pagar, em todo ou em parte, prestação ou parcela da dívida, deverá ser constituído em mora, para ulterior consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor fiduciário, nos termos do artigo 26 da Lei nº. 9.514/1997.

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Para tanto deverá a válida notificação do devedor fiduciante, ou o seu representante legal ou procurador regularmente constituído deverá ser intimado, a requerimento do credor fiduciário, pelo Oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação, fazendo-se

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogeae – E-mail: infocogeae@pucsp.br

mister que o contrato defina previamente o prazo de carência após o qual será expedido a intimação.

Ademais o Oficial do Registro de Imóveis, poderá delegar ao Oficial do Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel, que promova a intimação pessoal do devedor fiduciante, ficando este circunscrito ao ato da intimação, devendo certificar o resultado positivo ou negativo da diligência, e devolvê-la ao Oficial solicitante, que é o responsável pelo processamento do requerimento de retomada do imóvel.

Não obstante, o § 3º do art. 26 da Lei 9.514/97, mencionar a possibilidade de notificação do devedor pelo correio com aviso de recebimento, essa não é prática utilizada pela maioria dos credores fiduciários, notadamente pelo zelo e cautela de promover um procedimento de retomada claro e escorreito, isento de qualquer possibilidade de alegação de nulidade futura, haja vista que a ausência de notificação, gera nulidade absoluta, nos termos da legislação civil vigente.

Preleciona o insigne doutrinador Melhim Namen Chalhub:

A validade e eficácia do procedimento de cobrança e leilão, dependem, obviamente, do cumprimento dos trâmites e requisitos estabelecidos pela lei, cuja inobservância poderá importar na nulidade dos atos viciados, e entre esses requisitos essenciais estão a notificação pessoal do devedor fiduciante, para purgação da mora, a realização do leilão etc¹⁴.

Dessa forma, o resultado da notificação devidamente certificada pelo Cartório de Registro de Imóveis competente, ganha capital importância no bojo do procedimento de retomada do bem pelo credor fiduciário, notadamente que esse certidão poderá ser positiva, ou seja, certificando que o devedor fiduciante fora devidamente notificado ou poderá ser negativa, em face da não notificação do devedor fiduciante.

Notificado o devedor fiduciante positivamente, o oficial certificará a notificação válida e iniciará o prazo de quinze dias para purgação da mora.

¹⁴ CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 13.

Com efeito, purgada a mora pelo devedor fiduciante no prazo mencionado, qual seja, de quinze dias, convalidar-se-á o contrato integralmente, seguindo o seu curso normal, sem qualquer percalço ou alteração do seu conteúdo e forma.

Após a purgação da mora, o Oficial de Registro de Imóveis, no prazo de três dias, entregará ao credor fiduciário, as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e intimação, caso estas despesas, já não tenham sido adiantadas pelo credor fiduciário, quanto do protocolo do requerimento atorial.

Por outro lado, deixando o devedor decorrer o prazo para purgação da mora *in albis*, o credor fiduciário iniciará o procedimento de consolidação da propriedade em seu nome, conforme exsicaremos adiante.

A controvérsia da notificação reside justamente quando esta é negativa, ou seja, quando o Oficial competente não localiza o devedor para pessoalmente notificá-lo, cientificando-o do procedimento de consolidação em curso, sendo necessária uma detida análise do teor da referida certidão, mormente das razões da não localização.

A detida análise do teor da certidão é de suma importância, haja vista que a lei em estudo prevê que a notificação do devedor somente poderá ser realizada por meio de edital quando este estiver em local incerto e não sabido, é o que dispõe o § 4º do artigo 26 da Lei 9.514/97, não sendo possível a notificação por edital quando a não notificação decorrer de motivo diverso.

Esse foi o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconheceu a nulidade da notificação do devedor por edital, por estar o devedor se ocultando¹⁵.

Assim, a notificação reveste-se de ato essencial para o correto processamento do procedimento de retomada do imóvel pelo credor, devendo empreender o máximo de cautela e zelo, sob pena de eivar de nulidade todo o procedimento.

¹⁵ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 4ª Turma, Apelação Cível nº 2003.70.00.034437-3, j. 1.6.2005, rel. Des. Eduardo Tonetto Picarelli.

2.6.2 Da Consolidação da propriedade

Deixando o devedor decorrer o prazo para purgação da mora *in albis*, o Oficial do competente Registro de Imóveis, expedirá uma certidão de decurso de prazo sem a purgação da mora, averbando-a na matrícula do imóvel.

De posse dessa certidão, o credor fiduciário, recolherá o imposto de transmissão inter vivos, e demais débitos que o imóvel por ventura tenha junto a municipalidade, notadamente o IPTU do corrente exercício e de exercícios anteriores.

Nessa quadra, estando o imóvel localizado em área de marinha, o credor fiduciário, também deverá recolher o laudêmio correspondente à transmissão requestada, e demais débitos que o imóvel, por ventura tenha, junto ao SPU.

Com efeito, é imperioso destacar que, os recolhimentos do imposto de transmissão inter vivos e do laudêmio nesse momento, decorre da transmissão em definitivo do domínio, ao credor fiduciário, em face do inadimplemento do devedor fiduciante, não incidindo os respectivos fatos geradores quando da assinatura do contrato, haja vista que naquele momento, a transmissão da propriedade em caráter fiduciário, teve como única finalidade a constituição da garantia, sendo, portanto, inexigíveis o imposto de transmissão inter vivos e o laudêmio naquele momento.

Após os citados recolhimentos acima, o credor fiduciário, protocolará um Requerimento de Consolidação no Cartório de Registro de Imóveis, instruindo-o com os respectivos comprovantes dos pagamentos dos impostos, se o caso e promovendo também o pagamento das taxas e emolumentos cartorárias, para processamento do requerimento e ulterior consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mediante registro na matrícula do imóvel.

Uma vez consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário, este, no prazo de 30 dias contados da data da averbação da consolidação no Registro de Imóveis, promoverá o leilão público para a alienação do imóvel, conforme artigo 27 da Lei 9.514/97.

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

§ 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 3º 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.

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

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

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica.

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse.

Por fim, o devedor fiduciante poderá, com a anuência do credor fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensando os procedimentos de leilão previstos no art. 27, ou seja, o devedor poderá promover a entrega do bem alienado ao credor em dação em pagamento, conferindo as partes, quitação recíproca, de forma que, não sobejando saldo para qualquer das partes por força do acordo, torna-se despendioso o desgastante e oneroso procedimento de leilão.

2.6.3 Do leilão

Uma vez consolidada a propriedade em nome do credor, este, no prazo de 30 dias contados da data da averbação da consolidação no Registro de Imóveis, promoverá o leilão público para a alienação do imóvel, conforme artigo 27 da Lei 9.514/97.

Nessa esteira, se no primeiro leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado no contrato, será realizado um segundo leilão, nos quinze dias subsequentes.

No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

Nesse passo, o artigo 27, § 3º, destaca que entende-se por 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, e, por despesas entende-se a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas da intimação e as necessárias à realização do leilão público, nestas, também compreendidas, as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

Ainda no artigo 27, agora no § 4º, a Lei determina que nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel em no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que eventualmente sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato este que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 1.219 do Código Civil em vigor.

Se no segundo leilão, o maior lance oferecido não for superior ao valor referido, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de entregar ao devedor, a quantia que sobejar, conforme determinado § 4º desta Lei,

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogeae – E-mail: infocogeae@pucsp.br

nesse caso, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor a quitação da dívida mediante termo próprio, conforme preleciona o § 6º desta Lei, fato este que importará quitação recíproca, não se aplicando o direito de retenção disposto na parte final do art. 1.219 do Código Civil vigente.

Ademais, responde o devedor fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o credor fiduciário, ainda nos termos do artigo 27 da Lei, até a data em que o credor fiduciário, vier a ser imitado na posse.

Por fim, impende destacar, que a interpretação do artigo 27 acima citado, veda a o pacto comissório, ou seja, veda que o credor fiduciário consolide a propriedade em nome próprio, por meio da retomada do imóvel do devedor fiduciante, sem levar o bem a leilão para aquisição por terceiros, salvo pela entrega do bem em pagamento da dívida, que será abordado no tópico subsequente.

2.6.4 Da extinção do contrato

O contrato que serve de título ao negócio fiduciário nos termos da Lei nº 9.514/1997, poderá ser extinto, com o seu integral cumprimento (extinção normal), pela retomada do bem pelo credor ou pela entrega do bem em pagamento da dívida (extinção anormal).

Na primeira hipótese, o devedor fiduciante possui um direito aquisitivo expectativo da propriedade, ou seja o devedor é titular da propriedade em condição suspensiva, em face da constituição do imóvel em garantia de alienação fiduciária.

Dessa forma, cumprindo integralmente a sua parte na avença, pagando o débito na sua integralidade, o devedor recuperará o imóvel concedido em garantia, sendo averbada na matrícula do imóvel, a extinção do ônus real da alienação fiduciária, extinguindo o contrato.

Doutra forma, o devedor fiduciante poderá, coma anuência do credor fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensando os procedimentos de leilão previstos no artigo 27, ou seja, o devedor poderá promover a entrega do bem alienado ao credor em dação em pagamento, conferindo as partes, quitação recíproca, de forma que, não sobejando saldo para qualquer das partes por foça do acordo, torna-se despiciendo o desgastante e oneroso procedimento de leilão.

Nessa modalidade, em face da impossibilidade ou incapacidade de devedor em manter o contrato outrora entabulado, poderá em comum acordo com o credor, oferecer o bem em dação em pagamento, quitando o débito e, por consequência, extinguindo a obrigação.

Por fim, conforme estudado em tópico próprio, poderá o credor, em face da inadimplência do devedor, promover a retomada extrajudicial do bem, nos termos da Lei nº 9.514/1997, levando-o à leilão, devolvendo ao devedor eventual saldo que sobejar, ou, conferindo quitação mútua do contrato, caso o maior lance oferecido seja inferior ao valor da dívida.

2.7 Das limitações da propriedade dada em garantia fiduciária

Além das questões pertinentes à aplicação das cláusulas relativas à inexecução contratual, vale trazer alguns aspectos que envolvem o conteúdo e a natureza da propriedade fiduciária e o rigor que a Lei nº 9.514/97 impôs ao credor, ao regular as consequências da mora do devedor.

Na estrutura concebida pelo art. 22 da lei nº 9.514/97, o devedor, para garantia da dívida, transfere ao credor a propriedade resolúvel de um imóvel, tendo como condição resolutiva o pagamento da dívida.

Dessa forma, uma vez cumprida a condição, com o pagamento da dívida, extingue-se a propriedade do credor, revertendo plenamente ao devedor; e caso

contrário, ocorre uma falha na condição, em razão do não pagamento da dívida, consolida-se a plena propriedade no credor.

Assim, se falha a condição resolutiva, o credor ficaria com a propriedade do imóvel objeto do financiamento, sem necessidade de promover sua venda.

Entretanto, a Lei n° 9.514/97 quis dar maior proteção ao devedor e, não obstante preveja a consolidação da propriedade, manda o credor vender o imóvel e entregar ao devedor quantia que exceder o seu crédito, afastando riscos de locupletamento do credor fiduciário, ao estabelecer valor mínimo para venda do imóvel, em público leilão, e ao impor ao credor-fiduciário o dever de promover o leilão no prazo máximo de trinta dias, estabelecendo rígidos procedimentos para a alienação.

Conforme se verifica, as características da resolubilidade da propriedade foram mitigadas, delineando-se de maneira peculiar a propriedade fiduciária para atender aos propósitos de garantia preconizados pela Lei n° 9.514/97, mediante a imposição de rigorosos deveres ao credor-fiduciário, mas sem retirar os traços caracterizadores essenciais da propriedade resolúvel.

Basicamente, distingue-se a propriedade fiduciária da propriedade plena por ser aquela desprovida da característica de perpetuidade e pela limitação dos poderes atribuídos ao seu titular; por ela, o titular tem um domínio transitório e temporário sobre o bem, assim como tem seus poderes limitados em consonância com a finalidade para a qual foi constituída a propriedade fiduciária, não podendo o proprietário fiduciário ir além dos poderes que lhe foram conferidos no ato constitutivo da fidúcia.

Observadas as limitações que caracterizam essa modalidade de propriedade, o fiduciário é dotado das faculdades necessárias para cumprir a finalidade definida no contrato.

Efetivamente, no regime da Lei n° 9.514/97, mesmo consolidada a propriedade em nome do fiduciário, este não pode dela dispor livremente, mas está obrigado a fazê-lo dentro de rigorosos limites fixados na lei e no contrato, não tendo também nenhuma liberdade para fixar o preço, devendo oferecê-lo em leilão pelo preço que tiver sido avaliado pelas partes e que estiver enunciado no contrato, tudo isso levando em conta que o ingresso do imóvel em seu patrimônio se faz para o fim específico de garantia, e não para sua livre utilização e disposição.

3. Da penhora

3.1 Conceito

A penhora é a primeira fase do procedimento de expropriação, em que retira um objeto do patrimônio do devedor para satisfazer a obrigação para com o credor.

Segundo Liebman:

a penhora é o ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exeqüente, tem pois natureza de ato executórios¹⁶.

Na lição do mestre Carnelutti, a penhora

tem por finalidade a individuação e preservação dos bens a serem submetidos ao processo de execução¹⁷.

Destarte, o Estado, valendo-se do seu poder sancionatório, coage o devedor a nomear bens que garantam a satisfação de sua dívida.

A penhora, como acentua Pontes de Miranda

não é penhor, nem arresto, nem uma das medidas cautelares. O que nela há é expropriação da eficácia do poder de dispor que não há no arresto¹⁸.

Segundo Marcos Cláudio Acquaviva, em uma de suas obras, bem define a penhora:

Penhora de bens. Apreensão judicial de bens do devedor, destinada a garantir o pagamento da dívida. Os bens são retirados da posse do executado para garantir a execução da dívida. Se o devedor relutar em apresentar bens à penhora, esta será feita compulsoriamente. Mas a penhora somente pode incidir sobre bens penhoráveis, sendo inválida a feita sobre aqueles impenhoráveis. Efetuada a penhora dos bens, nos termos do competente mandado judicial, será lavrado o auto respectivo, nomeando-se depositário dos bens penhorados, o qual poderá ser o próprio executado. Se este, dolosamente, desfizer-se de algum bem penhorado, estará sujeito à prisão, caracterizando o seu estado de *depositário infiel*. A penhora deve ser convenientemente inscrita, para ter

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Túlio – Processo de execução. 4.ed. São Paulo: Saraiva. p. 95

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. Direito e processo, Nápoles, Morano, 1958.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 193.

validade contra terceiros¹⁹.

Plácido e Silva, ensina em sua obra:

“PENHORA. Derivado de penhorar (apreender ou tomar judicialmente), no sentido jurídico significa o ato judicial, pelo qual se apreendem ou se tomam os bens do devedor, para que neles se cumpra o pagamento da dívida ou da obrigação executada.

Assim, penhor e penhora claramente se distinguem. O penhor é a garantia dada pelo devedor, espontaneamente ou por imposição legal. A penhora é a apreensão de bens, dados ou não em garantia para que por eles se cobre o credor do que lhe é devido pelo executado.

Pela penhora, os bens são tirados do poder ou da posse do devedor, para servirem de garantia à execução.

A penhora é ato sempre determinado pelo juiz, em vista da liquidez do crédito posto em execução.

Os bens do credor podem ser penhorados por sua designação (nomeação) ou compulsoriamente, quando não faz, no devido tempo a nomeação que lhe é facultada.

Neste caso, a penhora se diz compulsória. E, desse modo, é efetivada sem qualquer intervenção do devedor executado, em tantos bens que sejam dele, quantos os necessários para perfazerem o valor da execução.

A penhora pode recair em quaisquer bens do devedor, respeitada a graduação, legalmente assentada, isto é, deve ser promovida preferentemente nos bens assinalados em primeiro lugar, na ordem em que são mencionados.

Quando a penhora recai sobre bens imóveis, deve dela ser citada a mulher do executado, se casado.

A penhora somente se poderá efetivar em bens penhoráveis. A penhorabilidade dos bens é, também, determinada por lei. E, quando impenhoráveis, a execução não os pode atingir, sendo improfícua ou inválida a que se fizer neles. Efetivada a penhora, será promovida por oficiais de justiça, autorizados pelo competente mandado judicial, lavrarão estes o competente auto de penhora, no qual, também, se designará o depositário, em poder de quem e sob a superintendência do juiz, ficarão os mesmos bens, até que se ultime a execução. Pode este ser o próprio executado. A penhora pode ser realizada em qualquer dia, mesmo domingo e feriado, se autorizada pelo juiz. A penhora deve ser convenientemente inscrita, para que venha a valer contra terceiros²⁰.

Já no entendimento de Humberto Theodoro Júnior temos que a penhora:

É, em síntese, o primeiro ato executivo e coativo do processo de execução por quantia certa.

Com esse ato inicial de expropriação, a responsabilidade patrimonial, que era genérica, até então, sofre um processo de individualização, mediante apreensão física, direta ou indireta, de uma parte determinada e específica do patrimônio do devedor.

¹⁹ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva, 12ª Ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004, p. 1006.

²⁰ SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, 10ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p.343/344.

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Diz, outrossim, que a penhora é um ato de afetação porque sua imediata consequência, de ordem prática e jurídica, é sujeitar os bens por ela alcançados aos fins da execução, colocando-os à disposição do órgão judicial para, “à custa e mediante sacrifício desses bens, realizar o objetivo da execução”, que é a função pública de “dar satisfação ao credor”²¹.

Em princípio, todos os bens de propriedade do devedor ou dos responsáveis pelo débito podem ser penhorados, desde que tenham valor econômico, salvo os bens absolutamente impenhoráveis e bens relativamente impenhoráveis.

Após a citação do devedor, este, pode, no prazo de vinte e quatro horas, pagar o débito ou nomear bens à penhora, devendo para tanto ser observada a ordem estabelecida no artigo 655 do Código de Processo Civil.

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
II - veículos de via terrestre;
III - bens móveis em geral;
IV - bens imóveis;
V - navios e aeronaves;
VI - ações e quotas de sociedades empresárias;
VII - percentual do faturamento de empresa devedora;
VIII - pedras e metais preciosos;
IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;
X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
XI - outros direitos.

Caso haja pagamento, encerra-se a execução e caso contrário, haverá a nomeação de bens à penhora, bem como será dado prazo pelo Juiz ao credor manifestar se concorda ou não com o bem nomeado.

Dessa forma, caso o credor concorde, lavrar-se-á o termo de penhora, nos termos do artigo 656, § único e 657 do Código de Processo Civil e caso o credor não concorde, o juiz decidirá de plano, declarando a ineficácia da nomeação, se verificar uma das hipóteses do art. 655 do Código de processo Civil, passando ao credor o direito de nomear bens para prosseguimento da execução.

Na hipótese do devedor não nomear bens, o oficial de justiça, por indicação

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2002, 2v. p. 167/168.

do credor ou independentemente deste, penhorará tantos bens quanto bastem para garantir o valor da execução.

Considera-se feita a penhora, com a apreensão e o depósito do bem.

Quando a penhora não recai sobre dinheiro, é necessária, a denominada expropriação.

Outra hipótese é quando há adjudicação, ato pelo qual o credor recebe a transferência da propriedade do bem penhorado, mediante alienação.

Em outra hipótese, haverá a expropriação, que é composta de avaliação e a arrematação.

A avaliação está regida pelos artigos 681 a 685 do Código de Processo Civil, que tem por objetivo verificar se os bens penhorados satisfazem o *quantum* devido.

A arrematação está regida pelo artigo 686 do Código de Processo Civil, conforme já apresentado, que tem por objetivo converter os bens penhorados em dinheiro.

Poderá ainda o devedor utilizar-se do instituto da remissão da execução, que é o pagamento pelo devedor ao credor dos valores referentes ao débito, antes da arrematação, é o que dispõe o artigo 651:

Art. 651. Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.

Em resumo, a penhora acontece quando um devedor deixa de pagar o que deve e por meio de determinação judicial, tem seu bem constrito.

Dessa forma, no caso de um condômino ficar inadimplente com a taxa condominial, o condomínio poderá ajuizar ação de cobrança e sendo essa considerada regular, será iniciada a execução, podendo ser penhorada a unidade devedora do condômino que deu causa a ação.

3.2 Natureza jurídica da penhora

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogeae – E-mail: infocogeae@pucsp.br

Definem a natureza jurídica da penhora, três correntes doutrinárias, a primeira corrente; considera a penhora como uma medida cautelar, que no entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

...deve ser logo descartada, pois não é a penhora medida que se tome como eventual instrumento de mera segurança ou cautela de interesse em litígio, como especificamente ocorre com as providências cautelares típicas, *ad instar* do sequestro, do arresto e similares²².

Com a penhora se dá o primeiro passo na execução, de forma a transferir os bens do devedor, resguardando, sem dúvidas, referidos bens até a expropriação.

Ainda, no entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

... o fato de que a penhora tenha a função de preservar os bens de subtrações e deteriorações, de modo a fazer possível o posterior desenvolvimento da expropriação, não autoriza a considerar dita penhora como uma providência cautelar, absolutamente igual aos sequestros (conservativos e judiciais), os quais, por sua vez acionam, através de um processo funcionalmente autônomo, uma específica medida cautela²³.

A penhora tem finalidade própria, determinada, não podendo ser considerada como uma medida cautelar. Não há que se falar em natureza mista, executiva e cautelar, devendo ser considerado seu objetivo final, qual seja, a iniciação do procedimento expropriatório.

A segunda corrente; considera a penhora como um ato executivo, que tem por finalidade a individualização e preservação dos bens garantidores da execução.

A terceira corrente; tem posição intermediária, tratando a penhora como ato executivo com efeitos conservativos.

Dessa forma, pode-se concluir que a penhora é ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exequente.

Tem, pois natureza de ato executório quer realizado excepcionalmente pelo juiz em forma de despacho, quer pelo oficial de justiça, que escolhe os bens

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2002, 2v. p.168.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2002, 2v. p.168.
COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

seguindo a ordem estabelecida em lei e os declara penhorados ou recebe as declarações do executado quando este fizer nomeação dos bens, não muda a natureza de ato e não mudam seus efeitos.

O ato de penhora produz o efeito de modificar a situação jurídica do bem penhorado; às vezes é acompanhado por atos materiais que se destinam a assegurar a consecução dos efeitos do ato, tirando o bem da disponibilidade do executado e entregando-o ao depositário, o que serve também a manifestar exteriormente, para garantia de terceiros, as modificações ocorridas. Este último fim atinge-se também pela inscrição do auto de penhora de imóveis no registro imobiliário.

3.3 Penhora do imóvel por dívida condominial

Atualmente grandes são as comodidades em se viver em um condomínio edilício, seja pela segurança, seja pelo conforto ou pelas áreas de lazer.

Contudo, importante ressaltar a necessidade do condômino arcar com todas as despesas e gastos advindos de sua moradia, principalmente no que diz respeito às taxas condominiais, essa chamadas de dívidas *propter rem*, conforme veremos mais adiante.

Neste sentido, a redação do artigo 1.336, inciso I, do Código Civil consigna o dever do morador arcar com as despesas condominiais de sua unidade, conforme se lê:

Art. 1.336. São deveres do condômino:

I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; (...).

Dessa forma, verificado o caráter obrigacional das referidas despesas, caso um condômino esteja em débito com as taxas condominiais, primeiramente, o próprio condomínio estipulará sanções, como juros e multa, a fim de pressioná-lo a quitar suas dívidas, conforme se lê:

Art. 1.336 Código Civil:

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogee – E-mail: infocogee@pucsp.br

(...)

§ 1º – O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.

Não obstante, não sendo resolvida a questão de forma amigável e extrajudicial, o condomínio poderá ingressar em juízo para pleitear os débitos em mora.

Nesta situação em que o condomínio ingressa com ação em face do condômino, evidentemente ao réu será garantido o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, porém, sendo ele condenado, o condomínio deverá prosseguir com a ação e para garantir seu crédito, podendo pedir ao juízo a penhora dos bens do devedor.

Nessa esteira, caso configurada a hipótese acima, será necessário o respeito da ordem de preferência estipulada no artigo 655 do Código de Processo Civil, senão vejamos:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
II - veículos de via terrestre;
III - bens móveis em geral;
IV - bens imóveis;
V - navios e aeronaves;
VI - ações e quotas de sociedades empresárias;
VII - percentual do faturamento de empresa devedora;
VIII - pedras e metais preciosos;
IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;
X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
XI - outros direitos.

Da simples análise dos artigos supracitados, verificamos que não sendo suficientes os bens arrolados nos incisos I, II e III para a satisfação da dívida, os bens imóveis, inclusive aquele que deu origem a dívida, poderá ser penhorado pelo juízo para garantir o pagamento do débito condominial.

3.4 Penhora sobre direitos de bem alienado fiduciariamente

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogeae – E-mail: infocogeae@pucsp.br

Apresentados todos os principais pontos acerca da alienação fiduciária e da penhora, aprofundaremos a partir deste tópico o tema central do presente trabalho.

Efetivamente, como referido, a penhora deve se dar, preferencialmente, sobre bens de propriedade do devedor e conforme apontado o proprietário do imóvel objeto de alienação fiduciária é o credor fiduciário.

Neste ponto é imperioso diferenciar a execução em que executado é o credor fiduciário e aquela em que é executado o devedor fiduciante.

No caso do credor fiduciário ser o executado na ação, podemos afirmar que ele possui crédito de expressão monetária mensurável, sendo titular de domínio sob uma condição resolutiva, sendo que tal direito pode ser cedido e, inclusive, penhorável, ensina Afrânio Dantzger que quem adquire o direito do credor fiduciário:

[...] passa a ser titular da propriedade fiduciária, adquirindo todos os direitos e obrigações inerentes a essa posição, principalmente, de um lado, o de receber o crédito e seus acessórios e, de outro, o de restituir, imediatamente, nos termos da lei, a propriedade plena do imóvel ao fiduciante, uma vez quitada a dívida²⁴.

Na prática, observa-se tal situação quando um banco incorpora outro, adquirindo seus créditos. Assim, por exemplo, o banco incorporador passa a ser o credor fiduciário em substituição ao incorporado.

O mais comum é a cessão de direitos, embora seja viável a penhora, o arrematante passa a ser o credor fiduciário em substituição ao anterior.

E arremata Afrânio Dantzger:

Nesta hipótese, serão objetos da hasta pública tanto o crédito como também a garantia – propriedade fiduciária –, que é seu acessório por excelência, e, no leilão, ao adquirir o crédito, o arrematante será sub-rogado nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de alienação fiduciária, tornando-se o proprietário fiduciário em substituição ao credor original, devendo ser averbada a carta de arrematação no Registro Imobiliário, nos termos da lei²⁵.

²⁴ DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2010. p. 77.

²⁵ DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2010. p. 78-79.

Loureiro ensina que:

O fiduciário poderá ceder o crédito objeto da alienação fiduciária, o que implicará a cessão da propriedade fiduciária, mediante o necessário registro no Cartório de Registro de Imóveis²⁶.

Destarte, na execução em que é executado o credor fiduciário, é possível a penhora do crédito (a propriedade fiduciária) que este possui na relação jurídica em apreço.

No caso do devedor fiduciante ser o executado na ação, cumpre ressaltar que como visto anteriormente o devedor fiduciante possui o direito expectativo de caráter real, o qual é passível de transmissão, inclusive pela penhora, é o que ensina Luiz Guilherme Loureiro:

O fiduciante, por sua vez, também pode transferir seus direitos sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária, desde que com a anuência do credor (o proprietário fiduciário). Tal cessão deve ser objeto de registro, para que, uma vez paga a dívida, o adquirente possa exigir a propriedade plena²⁷.

Em se tratando de execução em que é executado o fiduciante, importa diferenciar se houve ou não o adimplemento do contrato, uma vez que o credor fiduciário perde sua propriedade quando receber seu crédito, havendo a consolidação da propriedade em favor do devedor fiduciante; não havendo, pois, nessa situação, óbices à penhora sobre o bem imóvel.

Nessa esteira, conclui-se que não tendo ainda ocorrido o adimplemento do contrato, o bem ainda pertence ao credor fiduciário, deverá ser observada a penhora de direitos na execução em que é executado o fiduciante.

Nesse interim, não há o que se falar na penhora do bem fiduciário, uma vez que este pertence à pessoa estranha à execução.

Consequentemente, podemos afirmar que a penhora e a venda judicial não prejudicarão o credor fiduciário, porquanto haverá arrematação dos direitos do fiduciante, o qual será substituído pelo arrematante, que assumirá todas as

²⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Curso Completo de Direito Civil. São Paulo: Método, 2007. p. 895

²⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Curso Completo de Direito Civil. São Paulo: Método, 2007. p. 895.

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogeae – E-mail: infocogeae@pucsp.br

responsabilidades inerentes à figura do arrematante, sendo que para o arrematante consolidar a propriedade plena, deverá quitar o contrato junto ao fiduciário.

Isso não significa que não deve haver preocupação com o resguardo da preferência do credor fiduciário, mas somente até o limite do crédito fiduciário e o que exceder dessa garantia legal é suscetível de constrição judicial para satisfazer outros créditos, que porventura existam.

Dessa maneira, ter-se-á a penhora do direito de aquisição do domínio, desde que ocorra o integral pagamento da dívida; afigurando-se como uma sub-rogação.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em processo em que o executado era o devedor fiduciante:

O bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora²⁸.

Na decisão citada, o C. STJ elucidou bem a controvérsia, afirmando que o bem não integra o patrimônio do fiduciante, conforme já destacado no tópico da alienação fiduciária:

o bem é excluído do patrimônio do devedor fiduciante e incluído no do credor²⁹.

Decisão em sentido contrário estará em desacordo com os parâmetros legais, doutrinários e jurisprudenciais, consistindo em erro judicial na operacionalização do direito, conforme será abordado ao final do presente trabalho.

Na prática forense, alguns juízes realizam leilão e, com o resultado, primeiramente é satisfeito o crédito do fiduciário; após, paga-se o exequente e as custas processuais; em havendo saldo, devolve-se o numerário ao fiduciante.

²⁸ REsp 679821/DF, Rel. Min. Felix Fisher, Quinta Turma, unânime, DJ 17/12/2004 p. 594

²⁹ CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade Fiduciária, Hipoteca e Penhora. ANOREG, Brasília, publicado em 13 de maio de 2010. Disponível em: http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14971:propriedade-fiduciaria-hipoteca-e-penhora&catid=2:geral&Itemid=26>. Acesso em: 05/02/ 2016.

Não obstante, tal procedimento está equivocado, uma vez que leva a leilão bem que não integra o patrimônio do executado, ferindo o direito de propriedade do credor fiduciário.

Por fim, podemos afirmar que, em se tratando de execução em que é executado o fiduciante, importa diferenciar se houve ou não o adimplemento do contrato.

O credor fiduciário perde sua propriedade quando receber seu crédito não havendo, portanto, nessa hipótese, óbices à penhora sobre o bem imóvel. Em não tendo ainda ocorrido o pagamento integral da dívida do fiduciante junto ao fiduciário, deve ser observada a penhora de direitos, não sendo legítimo falar na penhora do bem fiduciário, uma vez que este pertence a pessoa estranha à execução³⁰.

Temos que no caso de ocorrer a penhora do bem imóvel alienado fiduciariamente e a posterior venda judicial, o arrematante substituirá o devedor na relação jurídica existente com o credor fiduciário e somente poderá consolidar a propriedade em seu nome após quitação do contrato de alienação fiduciária.

Antes de adentrarmos no tópico acerca das decisões contrárias a esse entendimento, convém ressaltar que a grande maioria delas, leva em consideração que a dívida executada por ser *propter rem* e onerar o próprio imóvel, que responde pelo débito, vinculando o proprietário, ainda que na qualidade de credor fiduciário ou devedor fiduciante, faremos uma breve análise acerca das obrigações *propter rem*.

³⁰ ROQUE, Sebastião José. Da Alienação Fiduciária em Garantia. São Paulo: Ícone, 2010. p. 39.

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Rua da Consolação, 881 - Consolação - Cep: 01301-000 - São Paulo - SP – Fone: (11) 3124-9600 – Fax: (11) 3124-9612
www.pucsp.br/cogeae – E-mail: infocogeae@pucsp.br

4. Da obrigação *propter rem*

4.1 Conceito

Obrigação *propter rem*, do latim, significa em função da coisa, logo, conclui-se que tais obrigações se dão ou são impostas a partir da existência da coisa.

As obrigações, chamadas *propter rem*, são descritas por Silvio Venosa da seguinte forma:

1. Trata-se de relação obrigacional que se caracteriza por sua vinculação à coisa. Não pode existir, por conseguinte, fora das relações de direito real (...)
2. O nascimento, a transmissão e a extinção da obrigação *propter rem* seguem o direito real, com uma vinculação de acessoriedade.
3. A obrigação dita real forma, de certo modo, parte do conteúdo do direito real, e sua eficácia perante os sucessores singulares do devedor confere estabilidade ao conteúdo do direito³¹.

As obrigações *propter rem*, para Orlando Gomes, são aquelas que advêm de um direito real sobre determinada coisa:

nascem de um direito real do devedor sobre determinada coisa³².

Arnoldo Wald coloca que as obrigações *propter rem*:

derivam da vinculação de alguém a certos bens, sobre os quais incidem deveres decorrentes da necessidade de manter-se a coisa³³.

Ao tempo que Maria Helena Diniz leciona ser a:

vinculação a um direito real, ou seja, a determinada coisa de que o devedor é proprietário ou possuidor³⁴.

Dessa forma, entende-se que os direitos reais relacionam-se com os direitos obrigacionais e dessa forma existem casos em que o proprietário é sujeito de obrigações por ser possuidor do bem, assim como aquele que o suceder.

A obrigação *propter rem*, é uma obrigação relacionada a coisa, e por isto é considerada mista, por estar associada a um direito real, senão vejamos:

³¹ VENOSA, Silvio de Salco, Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, 2 v., p. 63 – Coleção Direito Civil.

³² GOMES, Orlando. Obrigações. 11ª Edição. Ed. Forense. p. 21.

³³ WALD, Arnoldo. Obrigações e Contratos. 12ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais. Pág. 60

³⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 2º Volume. 10ª Edição. Ed. Saraiva. Pág. 11.

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

Tendo em vista que a obrigação *propter rem* apresenta-se sempre vinculada a um direito real, como acessório, por isso sua natureza pode ser considerada mista³⁵.

Conforme ensina Sivio Rodrigues a obrigação *propter rem* pode decorrer da posse:

O devedor está ligado ao vínculo não em razão de sua vontade, mas em decorrência de sua particular situação em relação a um bem, do qual é proprietário ou possuidor. (RODRIGUES, Sívio. Direito civil: direito das obrigações. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, 2 v., p. 107)

Segundo o Ilustre professor Luiz Antônio Scavone Junior,

as obrigações *propter rem* podem ser entendidas como aquelas em que o titular de um direito sobre determinada coisa passa a ser devedor de uma prestação, sem que, para tanto, tenha havido qualquer manifestação de vontade nesse sentido³⁶.

Dessa forma, verifica-se que, sendo alienada a coisa sobre a qual recai a obrigação *propter rem*, o devedor libera-se da dívida, já que ela está ligada ao bem imóvel e não ao seu titular.

Ademais, verifica-se também, que os direitos reais, implicam, via de regra, numa situação de permanência em relação ao seu titular, diferindo dos direitos pessoais, em que o pagamento da dívida extingue a relação jurídica.

Nesse mesmo sentido é a lição de Sívio Rodrigues:

a obrigação *propter rem* é aquela em que o devedor, por ser titular de um direito sobre uma coisa, fica sujeito a uma determinada prestação que, por conseguinte, não derivou da manifestação expressa ou tácita de sua vontade. O que o faz devedor é a circunstância de ser titular do direito real e tanto isso é verdade que ele se libera da obrigação se renunciar a esse direito³⁷.

Diante de todo exposto é possível conceituar as obrigações *propter rem* como a obrigação que seguem o objeto real (coisa), como por exemplo as taxas de condomínio devidas pelo imóvel integrante de um condomínio e o IPTU.

³⁵ VENOSA, Sívio de Salvo, Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, 2 v., p. 60 – Coleção Direito Civil.

³⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio, 1966– Direito imobiliário – Teoria e prática/Luiz Antônio Scavone Junior. – 7.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³⁷ RODRIGUES, Sívio. Condomínio e Incorporações, Forense, 10^a ed. 1997, pg.189.

Concluimos assim que podem ser obrigações *propter rem*, além das acima citadas a obrigação que tem o condômino de contribuir para a conservação ou divisão do bem comum, a obrigação dos proprietários de imóveis vizinhos de concorrer para as despesas de construção de tapumes divisórios, a obrigação do adquirente de um bem hipotecado de saldar a dívida que a este onera se quiser libera-lo, a obrigação que tem o proprietário de coisas incorporadas ao patrimônio histórico e artístico nacional de não destruir ou realizar obras que modifique a aparência destes, a obrigação dos proprietários de imóveis confinantes de concorrer para as despesas de demarcação e renovação dos marcos divisórios destruídos, a obrigação negativa no caso da servidão, onde o dono do prédio serviente não pode embaraçar o uso legítimo da servidão, a obrigação do proprietário de prestar caução referente a dano iminente em prédio vizinho, as obrigações atinentes ao direito de vizinhança em geral.

Podemos então defini-la como a obrigação que segue a coisa ou como a obrigação perpetua que passa pela tradição do antigo proprietário ao novo, obrigando-o a satisfazer aquela obrigação em vista da coisa adquirida.

4.2 Natureza jurídica da obrigação *propter rem*

A natureza jurídica das obrigações *propter rem* se aproxima tanto do direito real como do direito pessoal.

Todavia a maioria dos doutrinadores caracteriza tal obrigação como sendo *acessória mista, de fisionomia autônoma*.

Contudo, Alfredo Buzaid em sua obra Ação declaratório no direito brasileiro, reza:

A obrigação *propter rem* constitui um direito misto, por ser uma relação jurídica na qual a obrigação de fazer está acompanhada de um direito real,

fundindo-se os dois elementos numa unidade, que a eleva a uma categoria autônoma³⁸.

Maria Helena Diniz completa:

esta entre o direito real e o pessoal, pois os direitos e deveres decorrem do domínio. Sua natureza jurídica é a de uma obrigação ambulatoria, autônoma, por acompanhar o bem, pouco importando se a dívida é anterior à nova aquisição por outra pessoa, ou não³⁹.

Afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que a obrigação *propter rem*

trata-se de obrigações em que a pessoa do credor ou do devedor individualiza-se não em razão de um ato de autonomia provada, mas em função da titularidade de um direito real⁴⁰.

Dessa forma, podemos afirmar que a obrigação *propter rem* é um misto de direito real e direito pessoal. Embora ainda há controvérsia quanto à natureza de tal instituto.

4.3 Extinção da obrigação *propter rem*

Maria Helena Diniz esclarece que existe possibilidade do fim da obrigação da seguinte forma:

possibilidade de exoneração do devedor pelo abandono do direito real, renunciando o direito sobre a coisa⁴¹.

Sílvio Rodrigues coloca que:

o devedor se livra da obrigação pelo abandono do direito real⁴².

Sílvio Venosa relaciona a extinção da obrigação a sua transferência:

o nascimento, a transmissão e a extinção da obrigação *propter rem* seguem o direito real, com uma vinculação de acessoriedade⁴³.

³⁸, DINIZ, Maria Helena de. Alfredo Buzaid apud Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 2. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.13

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*: Teoria Geral das Obrigações. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 2. 2004, p. 12-13.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006, p. 23.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 2º Volume. 10ª Edição. Ed. Saraiva. P. 11.

⁴² RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil – Vol. 2 – Parte Geral das Obrigações. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Diante de referidos ensinamentos doutrinários é possível concluir que a obrigação *propter rem* por acompanhar a coisa, somente cessa ao obrigado pela mesma forma que se opera a transmissão da coisa, ou seja, por sua tradição, ou pelo abandono da coisa.

⁴³ SALVO VENOSA, Sílvio. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos 0 .3ª ed. São Paulo:Atlas. 2003.

5. Das decisões contrárias a tese ora defendida

Conforme observado em se tratando da alienação fiduciária, temos a chamada propriedade resolúvel, e, logo, na qual o fiduciante é titular de direito expectativo à aquisição da propriedade, ou seja, enquanto não paga a obrigação assumida, figura, o devedor-fiduciante, como um proprietário potencial, titular de um direito expectativo que será concretizado tão logo pague a dívida.

Outrossim, pudemos concluir que o credor-fiduciário possui pleno direito de receber a totalidade de seu crédito, sob pena de retomar o imóvel, consolidando-o em seu nome caso a dívida não seja paga, nos ditames da Lei 9.517/97.

Verificamos também que a penhora é o início do procedimento de expropriação, em que se retira um objeto do patrimônio do devedor para satisfazer a obrigação para com o credor.

E ainda que no caso de imóvel alienado fiduciariamente a penhora deverá recair sobre os direitos do devedor fiduciante na execução em que este é o executado, visto este não possuir a propriedade plena do bem, uma vez que o bem ainda pertence ao credor fiduciário.

Entendemos que as obrigações *propter rem* são aquelas obrigações relacionadas a coisa, possuindo natureza jurídica mista, em vista de possuir características do direito pessoal e real.

Entretanto, conforme verificaremos inúmeras são as decisões em que se considera que, embora a unidade condominial geradora das despesas cobradas em execução tenha sido objeto de alienação fiduciária a terceiro, este fato não impede sua constrição para garantir a execução, vez que as despesas revertem em benefício do próprio bem, uma vez que são destinadas a sua manutenção, admitindo a penhora

do próprio imóvel gerador das despesas condominiais, ainda que gravado com alienação fiduciária⁴⁴.

Algumas decisões entendem ainda que:

A obrigação de pagamento das despesas condominiais (artigos 1315 e 1336, I do Código Civil) é de natureza *propter rem*, ou seja, onera o próprio imóvel, que responde pelo débito, vinculando o proprietário, ainda que na qualidade de credor fiduciário e mesmo que a inadimplência decorra do descumprimento de obrigação assumida pelos fiduciantes.⁴⁵

Inclusive o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no mesmo sentido dos v. acórdãos⁴⁶.

Em que pese os entendimentos supra, conforme verificamos, não há de sustentar a tese que penhora recairá sobre o próprio imóvel alienado fiduciariamente.

Tais decisões ferem o direito de propriedade do credor fiduciário, pois o imóvel lhe foi alienado fiduciariamente, nos termos da Lei 9.514/97, sendo, portanto, ilegal a penhora enquanto não quitada à dívida que incide sobre a unidade imobiliária, por não ser, o devedor, titular pleno do bem.

Como visto o credor fiduciário tem a propriedade resolúvel sobre o bem, enquanto o fiduciante somente consolidará seu direito de propriedade quando da quitação do débito, não sendo, antes disso, detentor de direito real em relação ao imóvel, o que inviabiliza a constrição.

A penhora tem o objetivo de retirar um objeto do patrimônio do devedor para satisfazer a obrigação para com o credor, não sendo o imóvel alienado fiduciariamente objeto do patrimônio do devedor fiduciante, não existindo a

⁴⁴ AI nº 2050625-53.2013.8.26.0000, 32ª Câ. Dir. Priv., Rel. Luis Fernando Nishi, j. 06/02/2014; AI nº 2066005-19.2013.8.26.0000, 28ª Câ. Dir. Priv., Rel. Dimas Rubens Fonseca, j. 28/01/2014; AI nº 0031508-13.2013.8.26.0000, 26ª Câ. Dir. Priv., Rel. Felipe Ferreira, j. 19/06/2013; AI nº 0019115-56.2013.8.26.0000, 34ª Câ. Dir. Priv., Rel. Soares Levada, j. 18/03/2013; AI nº 0199034-39.2012.8.26.0000, 32ª Câ. Dir. Priv., Rel. Rocha de Souza, j. 17/01/2013; AgReg nº 0221772-21.2012.8.26.0000, 35ª Câ. Dir. Priv., Rel. Clovis Castelo, j. 10/12/2012; AI nº 0117371-68.2012.8.26.0000, 34ª Câ. Dir. Priv., Rel. Gomes Varjão, j. 17/09/2012; AI nº 0538265-56.2009.8.26.0000, 28ª Câ. Dir. Priv., Rel. Mello Pinto, j. 05/04/2011

⁴⁵ Agravo de Instrumento nº 2050625-53.2013.8.26.0000 São Paulo Voto nº 14585, 32ª Câ. Dir. Priv. Rel Luis Fernando Nishi, j. 06/02/2014.

⁴⁶ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 68.524 - SP (2011/0190644-1), RELATOR MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, publicado em 18/12/2012.

possibilidade de penhora sobre tal bem, ainda que a dívida que esteja sendo executada seja *propter rem*.

Dessa forma, entendemos não ser viável a penhora sobre bens garantidos por alienação fiduciária, visto que não pertencem ao devedor executado, que é apenas possuidor, com responsabilidade de depositário, sendo possível recair a constrição executiva sobre os direitos detidos pelo executado no contrato.

O devedor fiduciante possui expectativa do direito do bem alienado, em caso de pagamento da dívida, ou à parte do valor já quitado, em caso de mora e excussão por parte do credor, que é passível de penhora.

A penhora é uma apreensão judicial de bens dados pelo devedor como garantia de execução de uma dívida em face de um credor.

O contrato de alienação fiduciária acontece quando um comprador adquire um bem a crédito, sendo que o credor toma o próprio bem em garantia, de forma que o comprador fica impedido de negociar o bem com terceiros, podendo apenas o comprador usufruir do bem.

Dessa forma, não como prevalecer o entendimento das citadas decisões, vez que o imóvel alienado fiduciariamente não integra o patrimônio do devedor na execução, ainda que esta execução seja para cobrança de dívidas *propter rem* referentes ao imóvel alienado, devendo por óbvio serem penhorados os direitos que possui o devedor fiduciário sobre o bem alienado fiduciariamente.

6. Conclusão

Concluimos que na alienação fiduciária a propriedade não é em um primeiro momento transmitida de forma plena ao comprador, chamado de devedor fiduciante.

Com o registro da alienação fiduciária, o credor fiduciário preserva a propriedade resolúvel e por este motivo não é plena e definitiva, sendo transitória e restrita, existindo a condição futura e incerta do pagamento da dívida.

Já o devedor fiduciante possui a expectativa de aquisição do direito real e somente consolidará seu direito de propriedade quando da quitação do débito, não sendo, antes disso, detentor de direito real em relação ao imóvel,

A penhora é uma apreensão judicial de bens dados pelo devedor como garantia de execução de uma dívida em face de um credor, sendo que os bens penhorados devem ser fazer parte do patrimônio do devedor.

E ainda em se tratando de execução em que é executado o devedor fiduciante, importa diferenciar se houve ou não o adimplemento do contrato, vez que o credor fiduciário perde sua propriedade quando receber seu crédito, havendo a consolidação da propriedade em favor do devedor fiduciante; não havendo, portanto, nessa hipótese, óbices à penhora sobre o bem imóvel e em não tendo ainda ocorrido o pagamento integral da dívida do fiduciante junto ao fiduciário, o bem pertence ao último, devendo ser observada a penhora de direitos.

Ademais a constrição judicial não prejudicará o credor fiduciário, porquanto haverá arrematação dos direitos do fiduciante, o qual será substituído pelo arrematante (na forma de sub-rogação). Para que este consolide a propriedade plena, deverá quitar o contrato junto ao fiduciário.

Verificamos que muitas são as decisões entendem que caso a dívida geradora da ação ajuizada seja de caráter *propter rem*, embora a unidade condominial geradora das despesas cobradas em execução tenha sido objeto de

alienação fiduciária a terceiro, este fato não impede sua constrição para garantir a execução, vez que as despesas reverterem em benefício do próprio bem, uma vez que são destinadas a sua manutenção, admitindo a penhora do próprio imóvel gerador das despesas condominiais, ainda que gravado com alienação fiduciária.

Por fim, entendemos que tais decisões estão equivocadas, uma vez que o bem imóvel alienado fiduciariamente não faz parte do patrimônio do devedor fiduciante e ainda que a execução em que se buscam bens passíveis de penhora do executado seja para cobrança de dívidas *propter rem* ligadas ao próprio imóvel alienado fiduciariamente, a penhora da própria unidade imobiliária fere os direitos do credor fiduciário que sequer fez parte da ação de conhecimento, sendo possível somente a penhora sobre os direitos do devedor fiduciante.

Bibliografia

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, **Dicionário Jurídico Brasileiro**, 12ª Ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004.

SILVA, De Plácido e, **Vocabulário Jurídico**, 10a. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987.

BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1969, 401 v.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito e processo**, Nápoles, Morano, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo X. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2000, 2ª ed.

CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHALHUB, MELHIM NAMEM. **Propriedade Fiduciária, Hipoteca e Penhora**. ANOREG, Brasília, publicado em 13 de maio de 2010. Disponível em: http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14971:propriedade-fiduciaria-hipoteca-e-penhora&catid=2:geral&Itemid=26>. Acesso em: 05/02/2016.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais: Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camarco. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. São Paulo: Método, 2007.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2010.

DINIZ, Maria Helena de. Alfredo Buzaid apud Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 2. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 2º Volume. 10ª Edição. Ed. Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 2. 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª Edição. Ed. Forense. p. 21.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**. 12ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais.

LIEBMAN, Enrico Túlio – **Processo de execução**. 4.ed. São Paulo: Saraiva.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2005.

Lima, Otto de Souza. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso Completo de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil – Vol. 2 – **Parte Geral das Obrigações**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROQUE, Sebastião José. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**. São Paulo: Ícone, 2010.

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

SALVO VENOSA, Sílvio. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3ª ed. São Paulo:Atlas. 2003.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio, 1966– **Direito imobiliário – Teoria e prática**, 7.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Sílvio. **Condomínio e Incorporações**, Forense, 10ª ed. 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2002, 2v.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, 2 v., Coleção Direito Civil.