

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SAMANTHA BRAGA GOMES**

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM
IMÓVEL**

São Paulo
2013

SAMANTHA BRAGA GOMES

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL

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

Orientador: Prof. Dr. Everaldo Augusto Cambler

São Paulo
2013

Ficha Catalográfica

Gomes, Samantha Braga.

Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel/Samantha Braga
Gomes, 2013.
84f.

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito,
Especialização em Direito Imobiliário, Pontifícia Universidade
Católica/PUC-SP, 2013.

Orientação: Prof. Dr. Everaldo Augusto Cambler.

Bibliografia: f.42

I.Cambler, Everaldo Augusto, orient. II. Título.

SAMANTHA BRAGA GOMES

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL

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

Professor Orientador:
Prof. Dr. Everaldo Augusto Cambler

Nota: _____ (_____)

São Paulo
2013

A minha amada mãe Hely, que sempre me apoiou em meus estudos e aprimoramento, como um sinônimo de eterna gratidão por tudo que ela fez por mim.

Ao meu maior incentivador, meu grande amor, José Luiz, apaixonado pelo Direito que sempre foi, me ajudou com muita paciência e dedicação, a começar, desenvolver e finalizar esse trabalho.

Para o meu orientador, o professor Everaldo pela sua precisa orientação e pelos valiosos ensinamentos para a realização deste trabalho.

E ao meu estimado amigo Sergio Parisi, com sua imensa generosidade e contribuição jurídica, gentilmente dividiu comigo a sua vasta experiência de anos vivida no Direito.

RESUMO

O presente trabalho foi feito com o objetivo principal de comentar sobre os principais aspectos inerentes a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. A alienação fiduciária em garantia de bem imóvel é uma espécie de negócio em que se utiliza a transmissão da propriedade para fins de garantia. Discorreremos sobre a evolução histórica da alienação fiduciária desde o surgimento no direito romano, obtendo como característica principal a confiança. Estudaremos também os direitos reais de garantia e sua relevância para a necessidade de evolução da garantia fiduciária. Referente à Lei n.º 9.514, de 20 de novembro de 1997, dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) e diversos assuntos pertinentes aos financiamentos imobiliários, porém sobre o assunto específico de nossos estudos, a alienação fiduciária de bens imóveis, procurando abranger os aspectos positivos e negativos dessa nova modalidade de garantia para ao final chegar a uma conclusão sobre os benefícios esse novo instituto vem trazendo, não só para o mercado financeiro imobiliário específico, mas também ao sistema financeiro nacional. Concernente à alienação fiduciária em garantia de bem imóvel é aplicável para garantia de quaisquer obrigações, podendo ser prestada pelo devedor ou por terceiros. Esse estudo possui como objetivo analisar os pontos primordiais da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. Atualmente está sendo bastante utilizado como garantia de pagamento do preço de aquisição de imóveis nas incorporações imobiliárias.

ABSTRACT

This paper main objective is to comment on key aspects related to the fiduciary assignment (mortgage guarantee) on sale of Real Estate assets. The fiduciary Assignment as a guarantee on sale of real estate assets is a type of transaction in which the real estate property is transmitted as a collateral to secure the payment of said property. We comment on the historical evolution of the fiduciary assignment, since its inception during the Roman Empire (Roman Law), which main characteristic was trust. The paper also covers real guarantee rights and its relevance in the necessary evolution of Fiduciary Assignment. Federal Law 9514, dated November 20, 1997 regulates the National System of Real Estate Financing – SFI (*Sistema de Financiamento Imobiliário*, in Portuguese), as well as a myriad of aspects related to real estate financing. Fiduciary Assignment is also applicable to guarantee the fulfillment of any given obligation, be it from the debtor, be it from third parties. This paper is therefore conceived to analyse and review the main points of the Fiduciary Assignment as a guarantee on real estate transactions. As a risk-mitigation mechanism, it has been widely used by real estate developers to insure the payment of given unit's acquisition price.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 DIREITO REAL.....	10
1.1 Diferença do Direito Pessoal e Direito Real.....	10
1.2 Definição de Propriedade.....	11
2 PROPRIEDADE RESOLÚVEL E A FIDÚCIA.....	12
2.1 Propriedade Resolúvel.....	12
2.2 Negócio fiduciário.....	14
2.3 Evolução histórica.....	16
2.3.1 A Fidúcia no Direito Romano.....	16
2.3.2 <i>Fiducia cum amic</i>	18
2.3.3 <i>Fiducia cum creditore</i>	19
2.3.4 O <i>trust</i> do direito anglo-saxônico.....	20
2.3.5 Os negócios fiduciários no direito moderno.....	21
3 ALIENAÇÃO FIDUCIARIA DE BEM IMÓVEL.....	22
3.1 Evolução histórica.....	22
3.2 Definição.....	23
3.3 Elementos do negócio jurídico da alienação fiduciária de bem imóvel.....	26
3.3.1 Elemento subjetivo.....	27
3.3.2 Elemento objetivo.....	27
3.3.3 Elementos formais.....	29
3.4 Direitos e deveres do fiduciante.....	30
3.5 Direitos e deveres do fiduciário.....	30
3.6 Extinção da propriedade fiduciária de bem imóvel.....	31
3.6.1 Por adimplemento da obrigação principal.....	31
3.6.2 Por inadimplemento da obrigação garantida.....	32
4 ASPECTOS POLÊMICOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL... 35	35
4.1 O Direito do Consumidor e a alienação fiduciária.....	35
4.2 Da aplicação do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor.....	36
4.3 Constitucionalidade do Leilão Extrajudicial.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	42
ANEXOS	
Anexo I - Lei nº 9.514/97.....	44
Anexo II - Reportagem extraída do Valor Econômico – Atraso no Imobiliário é de 7,8%.....	61
Anexo III - Acórdão TJSP Apelação n.º 0120214-12.2008.8.26.0011.....	63
Anexo IV - Recurso Especial n.º 1.155.716 DF (2009/01598205).....	69

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade demanda a existência do Direito para viabilizar a coexistência, permitir que os membros da sociedade possam se desenvolver e atingir os seus interesses, bem como pacificar as relações sociais. É desse pressuposto que se deve partir para analisar qualquer instituto jurídico.

Cabe ressaltar que a importância dos institutos jurídicos decorre de fenômenos econômicos, ou melhor, do fato das necessidades humanas tenderem a se multiplicar indefinidamente, enquanto os bens e os recursos hábeis a supri-las são findáveis. Desse contexto, concluiu que qualquer relação social tende a ordenar e a disciplinar o uso dos recursos escassos¹.

Os recursos escassos e necessários à satisfação dos interesses dos membros da sociedade são obtidos por meio do cumprimento de obrigações, principalmente, as contratuais. Nesse contexto, surgiu o instituto jurídico da garantia e as suas duas espécies, fidejussória e a real, como instrumento de tutela de crédito decorrente de obrigações.

Nos grandes centros urbanos, o déficit habitacional tornou-se um grande problema, seja pelo fato da demanda por habitações, ou pela especulação imobiliária, a qual provocou um aumento no valor dos imóveis, que passaram a serem adquiridos na planta ou prontos por meio de longos financiamentos obtidos perante instituições financeiras, públicas ou privadas.

Da longa duração dos financiamentos, desencadeia a importância dos institutos jurídicos de garantia, principalmente, a real, para que o crédito possa ser rapidamente satisfeito, proporcionando o reequilíbrio nas relações jurídicas e a paz social, minimizando os efeitos do inadimplemento.

Dentre as modalidades de garantia real, a alienação fiduciária tem se mostrado como um instituto capaz de reestabelecer rapidamente os efeitos do inadimplemento e as instabilidades sociais que poderiam dele decorrer como o aumento de juros em determinadas modalidades de operações financeiras.

Ao longo do presente trabalho, iremos conceituar a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, destacando a sua importância no incremento de negócios

¹ NUSDEO, Fabio. **Curso de economia:** Introdução ao Direito Econômico. 3 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001

imobiliários, buscando assim evitar a recessão, da indústria de bens imóveis e, conseqüentemente, beneficiando o processo de desenvolvimento econômico do País, bem como a sua evolução histórica.

Analisaremos os principais mecanismos existentes na Lei n.º 9.514/97, dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário e institui a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, bem como algumas das questões polêmicas decorrentes do uso de tal modalidade de garantia.

1 DIREITO REAL

A sociedade capitalista fundamenta-se sobre apropriação de bens e sua circulação, ou seja, se podemos utilizar economicamente os bens é devido à existência no ordenamento jurídico de institutos hábeis a tutelar essa relação. Nesse contexto, insere-se o chamado Direito Real.

O Direito Real difere dos chamados direitos pessoais, visto que os bens não são partes das relações jurídicas e sim seu objeto.

1.1 Diferença do direito pessoal e Direito Real

Analisaremos de forma comparativa e sucinta o direito real e o direito pessoal, nos atendo, principalmente, no conceito e principais características.

O direito real, com base na teoria personalista, difere do direito pessoal, principalmente, no tocante ao sujeito passivo da relação jurídica. No direito real o sujeito passivo é a universalidade de pessoas, ou seja, pessoa indeterminada, enquanto no direito pessoal é certa e determinada.

O Objeto tutelado no direito real é qualquer espécie de bem, enquanto no direito pessoal o que se protege é o crédito decorrente do vínculo obrigacional. O direito real surge toda a vez que qualquer pessoa viola o direito de outra sobre bem específico².

A sequela e a preferência são as características mais relevantes do direito real. Enquanto, a primeira confere ao titular do direito real o poder de seguir a coisa em poder de todo e qualquer possuidor ou detentor, já a segunda confere a possibilidade do titular do direito real obter o pagamento de um débito com o valor do bem dado em garantia.

² GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20^a ed. Editora Forense, 2010.

1.2 Definição de Propriedade

A propriedade permite apropriação, uso e a exploração econômica do bem. A violação da propriedade pode gerar relevante instabilidade na segurança das relações jurídicas, basta uma análise simples das notícias vinculadas na mídia quando de uma reintegração de posse, geralmente, marcadas por extrema violência.

O direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui, é o que se reconhece como propriedade. **Orlando Gomes**³ reconhece na propriedade a elasticidade, conforme a seguir transcrevemos:

Tem, ainda, como característica a elasticidade, pois pode ser distendido ou contraído, no seu exercício, conforme se lhe agreguem ou retirem faculdades destacáveis. A elasticidade se dá nos direitos reais sobre coisas alheias; nada obstante, não se deve retirar dos direitos reais de garantia desse contexto, quer na hipoteca, quer no penhor.

Em regra a propriedade é um direito de duração ilimitada, não admitindo condição resolutiva ou termo final. Porém, o atual ordenamento jurídico brasileiro permite a propriedade resolúvel, ou seja, aquela que o titular a exerce por um lapso temporal previamente estabelecido quando de sua constituição.

A propriedade condicionada determinado prazo de tempo tem excepcional relevância nas relações de cunho creditícios, melhorando sua segurança jurídica e facilitando a apropriação de riquezas.

A instituição financeira, ao conceder o financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação ao adquirente de imóvel, precisa ter a certeza que seu crédito de alguma forma estará resguardado de qualquer revez que possa sofrer o patrimônio do financiado. Nesse contexto, o número de alienações fiduciárias constituídas sobre bem imóvel vem crescendo, se comparado com outras modalidades de garantia real, e proporcionando a queda na inadimplência de empréstimos imobiliários⁴.

³ Idem.

⁴ Com base no artigo extraído do jornal Valor Econômico, **Atraso no imobiliário é de 7,8%**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/3140606/atraso-no-imobiliario-e-de-78#ixzz2YarglxKA>>. Acesso em 09 jul 2013.

2 PROPRIEDADE RESOLÚVEL E A FIDÚCIA

A propriedade resolúvel e a Fidúcia estão intimamente relacionadas e a compreensão do instituto da Alienação Fiduciária de Bem Imóvel depende da fixação desses dois conceitos correlatos.

2.1 Propriedade Resolúvel

No artigo 22 da Lei n.º 9.514/97, estabelece que a alienação fiduciária esteja concernente a transferência da propriedade resolúvel de bem imóvel em garantia.

Por essa razão diz respeito a mais uma característica da propriedade fiduciária, conforme os requisitos contidos em lei, no que diz respeito à obrigação principal, quando resolvida retorna ao seu antigo proprietário.

A propriedade fiduciária e propriedade resolúvel não são semelhantes, apesar de resolúvel ela é criada e finalizada com a condicional de cumprido todos os requisitos previstos em lei, não dependendo da vontade das partes, sendo somente restrito a sua garantia.

No que tange à extinção da propriedade resolúvel⁵, está prevista no nosso vigente Código Civil, em seus artigos 1.359⁶ e 1.360⁷, podemos entender da simples leitura do artigo 1.359, que se denomina propriedade resolúvel o exercício dos direitos reais conferidos a um terceiro pelo proprietário de um bem e subordinados ao implemento de certa condição ou advento de um termo.

Notamos que a propriedade resolúvel é uma espécie de propriedade, porém não é plena ou absoluta, já que existe uma cláusula ínsita no contrato, declarando seu fim em um determinado prazo ou a sujeitando ao implemento de uma condição.

⁵ Silvio Rodrigues (Direito Civil: Direito das coisas, v.5.28 ed. São Paulo: Saraiva, 2003 p.237-239)

⁶ “**Art. 1.359.** Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possuía ou detinha.”

⁷ “**Art. 1.360.** Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor.”

A propriedade resolúvel possui um caráter transitório, provisório, e não permanente. Por sua vez, o termo resolúvel é sinônimo de revogável, provisório, extinguível ou rescindível, condicional.

Fez suas considerações **VILSON RODRIGUES ALVES**⁸, com relação à propriedade resolúvel de bens móveis e imóveis:

Ou que há, assim, é atribuição de propriedade pelo devedor “B” ao credor “A”, com fidúcia”. (...) Essa propriedade fiduciária é para garantir ou assegurar o direito de crédito” a”. A resolatividade, aí, é clara. E nesse sentido é dado afirmar-se que a condição resolutiva se liga ao adimplemento.

A correlação da Alienação Fiduciária de Bem Imóvel e a propriedade resolúvel decorre da propriedade do fiduciário sobre o imóvel estar vinculada ao implemento de uma condição resolutiva que é o pagamento do débito pelo fiduciante em um determinado tempo estipulado no contrato de financiamento.

O artigo 33, da Lei n.º 9.514/97, que se aplicam à propriedade fiduciária, no que couberem as disposições dos artigos 647 e 648 do Código Civil de 1916, que atualmente está regido no artigo 1359 do Código Civil.

Uma característica que diferencia a propriedade resolúvel da propriedade plena pela subordinação, no pacto de fidúcia, é uma condição ou termo.

A condição resolutiva para a Lei n.º 9514/97, é o pagamento da dívida pelo fiduciante, sendo que confirmado o seu pagamento, cessa a propriedade do fiduciário, obrigando-se a viabilizar em trinta dias, a recuperação da propriedade plena pelo fiduciante, sob pena de multa de 0,5% ao mês sobre o valor do contrato, enquanto que de outra parte, não finalizada a condição, pelo não pagamento da dívida, consolida-se a propriedade plena no fiduciário.

A condição que resulta na resolução da propriedade fiduciária, isto é, o pagamento pelo devedor fiduciante da dívida garantida pela alienação fiduciária, os efeitos desta retroagem à data de início da formação da propriedade como se essa nunca tivesse existido, uma vez que o proprietário pleno desde a sua anterior aquisição, e não a partir do adimplemento da dívida.

⁸ ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação Fiduciária**. 2ª ed., Editora BH, 2012.

2.2 Negócio Fiduciário

O negócio fiduciário é uma relação jurídica, em que uma pessoa transmite a propriedade de determinado bem ou a sua titularidade a outra pessoa, que se obriga a dar a lhe dar determinada destinação, retransmitindo o bem ao seu antigo titular ou beneficiário nos termos estabelecidos no pacto fiduciário⁹.

Da definição, acima, podemos reconhecer alguns dos elementos inerentes a Alienação Fiduciária de Bem Imóvel, posto que surge como acessório ao contrato principal de financiamento, em que o devedor destaca de seu patrimônio um bem imóvel para garantir uma dívida e o credor, por sua vez, o recebe com o fim específico de responder pelo débito em caso de inadimplemento da obrigação principal.

Foi em 1880 por meio de um artigo de **Regelsberger**¹⁰, que surgiu a formação moderna de negócio jurídico fiduciário¹¹.

Contudo em dois anos antes em exatos 1878, data de publicação do escrito¹², no qual *Kohler* diferenciou o negócio jurídico indireto- por ele denominado *verdeckte Geschäft* (negócio encoberto) – do negócio jurídico simulado, desfazendo o equívoco de *Ihering*, que considerava aquele, mero desdobramento deste¹³.

Tanto o negócio jurídico fiduciário quanto o negócio jurídico indireto, são tentativas de garantir o crédito, decorrentes do fenômeno a que **Ascarelli** denominou *inércia jurídica*, assim o caracterizando:

Il diritto si svolge spesso lentamente, ma organicamente; i nuovi istituti non sorgono improvvisamente, ma si sviluppano gradualmente sul tronco di vecchi istituti che si vengono acquistando nuovi funzioni, adempiendo nuovi compiti. Ed è attraverso questo continuo adattamento di vecchi istituti a compiti nuovi che il diritto si vienefaticosamente, ma sicuramente svolgendo,

⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Trust**. Ed. Renovar. 2001. Rio de Janeiro. p. 167.

¹⁰ F. REGELSBERGER, "Zwei Beitrage zur Lehre von der Cession ", in **Archiv fur die civilistische "Praxis"**. vol.LXIII, págs.157 e segs.

¹¹ A própria definição de *negócio fiduciário* é de REGELSBERGER, como se lê nessa passagem: "Ic mochte fur diese Rechtserscheinung die Bezeichnung *fiduciarisches Geschäft* vorschlagen, wofur wir in den Quellen einen Vorgang haben"-Eu quero propor para essa forma jurídica a denominação *negócio fiduciário*, para a qual nós temos um exemplo nas fontes- (*Idem, ibidem*, pág.173).

¹² J.KOHLER, "Studien uber Mentalreservation und Simulation", in **Jahrbucher fur die Dogmatik des heutigen romischen und deutschen Privatrechts**, vol.XVI, 1878, pags. 91 e segs.

¹³ R.VON IHERING, Geist des romischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Teil, erst Abteilung, Druck, und Verlag Von Breit Kopt und Hartel, 5ª ed.,parágrafo 58, Leipzig, 1906, págs.277 e segs.(corresponde ao parágrafo 68 da tradução francesa de MEULENAERE, L'Esprit Du Droit Romain dans lês diverses phases de son developpement, vol.IV, págs. 267 e segs.).

*transcendendo così spesso con sé la sua storia, nelle forme, che spesso permangono identiche pur nel rinnovarsi delle funzioni.*¹⁴

Podemos entender como negócio fiduciário como sendo o negócio jurídico pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite à propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário) que se obriga a dar-lhe uma finalidade, e depois de feita essa destinação retorna a coisa ou direito ao fiduciante.

Desse modo surge o negócio fiduciário, como modo de realização de determinados objetivos para os institutos jurídicos em vigor no ordenamento não servindo com eficácia e precisão.

Para **Pontes de Miranda**¹⁵ o negócio jurídico fiduciário, é *bilateral, oneroso ou gratuito, principal ou acessório solene ou não solene*.

“1-bilateral porque encerra a constituição de direitos e obrigações para ambas as partes”.

2-oneroso caso o fiduciante transmitir a propriedade sob a condição de uma contraprestação que se imponha ao fiduciário.

3-gratuito se o fiduciante transmitir a propriedade independentemente de qualquer contraprestação.

4-principal nas situações em que a transmissão da propriedade se dá para efeito de administração patrimonial.

5-acessório quando a transmissão da propriedade se efetiva para fins de garantia.

6-solene quando a transmissão da coisa ou do direito se exige em forma prescrita em lei e todas as formalidades.

“7-não solene quando a transmissão da coisa ou do direito se dá pela simples tradição.”

O negócio fiduciário se extingue pelo: decurso do prazo ou realização do seu fim, pela revogação, pela renúncia do beneficiário e pelo distrato.

Estudamos que no Brasil o negócio fiduciário é admitido pela doutrina e pela jurisprudência, sendo que reconhece os negócios fiduciários com base na autonomia da vontade e na liberdade contratual.

¹⁴ T.ASCARELLI, “Il negozio indiretto e le società commerciale”, in **Studio di Diritto Commerciale in onore di Cesare Vivanti**, Società Editrice de “Foro Italiano”, vol.I, Roma, 1931, pág.25.

¹⁵ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, 4ª ed., São Paulo: RT, 1974. Tomo III.

2.3 Evolução histórica

Análise da evolução histórica é importante para a plena compreensão de qualquer instituto jurídico, pois permite compreender o contexto do seu surgimento e as modificações ocorridas ao longo do tempo para atender as necessidades surgidas no bojo da sociedade.

Dessa maneira, estudaremos a evolução histórica de alguns institutos que permitiram dar origem a Alienação Fiduciária de Bem Imóvel.

2.3.1 A Fidúcia no direito romano

Para estudarmos a respeito de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, devemos nos ater a uma análise histórica e o seu desenvolvimento natural no decorrer dos tempos.

Para tanto se faz necessário elucidarmos de que modo surgiram os negócios fiduciários, foram utilizados e se desenvolveram nos direitos romano, germânico e anglo-saxônico.

Falaremos inicialmente sobre as modalidades de fidúcia de origem romanista, caminhando sobre seu estudo e para finalizarmos do *mortgage* e *trust* anglo-saxônicos.

Logo após essa introdução do seu desenvolvimento histórico passaremos a apreciar o ordenamento jurídico quanto à alienação de bens imóveis.

A fidúcia possui origem com a concepção de venda fictícia, ou provisória, consistindo uma das partes, tendo recebido de outra a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-la tal logo fosse alcançado o fim desejado, por meio do pacto adjecto (*pactum fiduciae*).

GAIO¹⁶ define a fidúcia como uma *mancipatio* pactuada com a obrigação do adquirente de *remancipare*, indicando que a mesma se fazia pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*.

¹⁶ *Comentarius Secundus*, §59: "Adhuc etiam ex alis causis sciens quiesque rem alienam usacaput; nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest

Os nossos estudos revelam que a *fidúcia*¹⁷ romana é uma formação dos negócios fiduciários que hoje conhecemos e são utilizados nas relações sociais, na qual uma pessoa transferia um bem de sua propriedade para uma determinada pessoa com a finalidade de preservar e conduzir o patrimônio (*fidúcia com amico*) ou a um credor com intenção de garantir o pagamento de uma dívida (*fidúcia cum creditore*) criando assim um tratado para que a coisa lhe fosse devolvido após estarem bem definidas as condições acordadas.

Apesar de não termos com exatidão o momento do surgimento da fidúcia no direito romano, é opinião pacífica e aceita pela maioria que atribui-se a sua origem¹⁸ à Lei das XII Tábuas (450 a.C)¹⁹. Em especial no preceito contido na Tábua VI, “Do domínio e da posse”, e que em seu item I prescrevia: “será lei entre as partes, quando sejam cumpridas as solenes formalidades verbais prescritas para assumir uma obrigação ou para transferir a propriedade de uma coisa”²⁰.

Contudo, a fidúcia, naquele momento, era um pacto no qual não existia sanção tampouco coerção ao descumprimento da obrigação, uma vez que embasava-se nos princípios de valores morais, tais como a lealdade e a confiança.

Com o passar do tempo, na obra de **GAIO**, as *Institutas*, no período clássico (160 d.C), a fidúcia aparece como referência, em dois textos de sua obra (Inst.II, 59-60), dispondo de elementos para a sua definição, indicação das espécies e meios pelos quais se constituíram.

usucapere, anno scilicet, soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.”

¹⁷ WALD, Arnold. Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. **Revista de Direito Imobiliário**, n.51, 2001.p.255.

¹⁸ Posicionamento compartilhado por Alfredo Buzaid [(Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia, *RT*, v.401, p.11(1969))].

¹⁹ LIMA, Otto de Souza. **Negócio fiduciário**. São Paulo: R.dos Tribunais, 1962.p.12-13, com apoio da Lição de René Jacquelin; Azevedo. Álvaro Villaça de.Fiducia .In.FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.)Enciclopédia Saraiva de Direito.São Paulo:Saraiva 1977.v.37, p.192; AZEVEDO, Álvaro Villaça de.*Negócio fiduciário. Revista Trimestral de Direito Privado*, São Paulo, v.1, p.28, 1970, NETO, RESTIFFE, Paulo. *Garantia fiduciária*. São Paulo:R.dos Tribunais, 1975.p.1; CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo:R dos Tribunais, 1984, v.2, t.1, p.647.

²⁰ *Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.*(tradução de LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1962. P. 11).A seguinte tradução é encontrada na obra *Lei das XII Tábuas*. Bauru:Edipro, 1994. P.141: “Se alguém empenha a sua coisa ou vende em presença de testemunhas, o que prometeu tem força de lei”.Tradução idêntica é encontrada na obra de Sílvio de Salvo Venosa *Direito Civil*. Parte Geral.4.ed.São Paulo: Atlas, 2004, p.65.

A fidúcia no direito romano, em vista do fim esperado, apresentou-se, basicamente, em duas espécies: a *fidúcia cum amico* e a *fidúcia cum creditore*, e em razão de sua relevância passamos a descrevê-las.

2.3.2 *Fiducia cum amico*

Nessa espécie possuía como característica a finalidade de colocar, em segurança, uma coisa junto a um amigo, que se comprometia a restituí-lo, quando solicitado.

Segundo **MARIA HELENA DINIZ**²¹,

(...) a fidúcia era apenas um contrato de confiança e não de garantia, pelo qual o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias aleatórias ajustadas, como risco de perecer na guerra, viagem, perdas em razão de acontecimentos políticos, dentre outros fatos.

Entendemos que essa modalidade não tinha a finalidade de garantir um crédito, mas a de garantir certos bens de uma pessoa²², caso estivessem ameaçados por alguma situação, o adquirente de determinado bem o vendia sob a condição de o adquirente lhe restitui-se quando acabassem as situações que haviam justificado o receio do fiduciante, como, por exemplo, risco de perecer na guerra, uma viagem, etc.

A característica importante dessa espécie é o benefício que o fiduciante hauria com a transferência, e por essa razão que segundo alguns autores, essa modalidade tinha uma função de depósito.

Para **JUDITH H. MARTINS COSTA**²³, a fidúcia cum amico foi socialmente à modalidade de fidúcia mais interessante uma vez que proporcionava dupla segurança por possuir conotações que continham a ideia de confiança como a de segurança para ambos os contratantes, o que teria feito com que seu uso se

²¹ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**. v.4.19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.543.

²² CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.11.

²³ COSTA, Judith H. Martins. **Os negócios fiduciários**. Considerações sobre a possibilidade de acolhimento *do trust* no Direito Brasileiro. *RT*, v.657, p.38.

expandisse em épocas de guerras, sendo também utilizadas para defender o fiduciante de execuções ou desapropriações arbitrárias que não estendiam, por determinado motivo, ao fiduciário.

Podemos entender que a *fiducia cum amico* serviu como meio de contornar a inexistência de figuras contratuais necessárias às relações socioeconômicas e à exigência do sistema jurídico de transferência de propriedade.

2.3.3 *Fiducia cum creditore*

A *fiducia cum creditore*, possuía o intuito assecuratório, nela o devedor vendia seus bens ao credor, por um determinado período com a condição de recuperá-lo, com a condição de honrar o pagamento do débito.

Existia nessa *fiducia* a obrigação do adquirente restituir o bem ao alienante, depois de cumprido o objetivo ajustado²⁴.

Com relação ao negócio jurídico, ele foi destinado em um primeiro momento a permitir aos proprietários rurais o acesso ao crédito em troca da oferta de bens em garantia, sem a perda da sua posse, para que se evitasse a privação de bens essenciais à atividade econômica exercida²⁵.

Esse instituto também possuía problemas enfrentados pelos devedores (fiduciantes), diante da recusa do credor em lhes restituir o bem dado em garantia do pagamento da dívida, elucidando que esse foi o maior inoportuno dessa operação negocial, pois essa garantia era consolidada somente na confiança.

Diante da satisfação do débito, acarretava para o fiduciário a obrigação de restituir o bem ao fiduciante, em virtude do *pactum fiduciae*.

Caso não fosse adimplida essa obrigação, não gerava senão a obrigação de indenizar.

²⁴ Guilherme Guimarães Feliciano (Tratado de alienação fiduciária em garantia. Das bases romanas à lei n. 9514/97, São Paulo: LTr, 1999, p.31-32) considera ter sido a *fiducia cum creditore* a mais popular e relevante dentre as modalidades desse negócio jurídico romano, sendo a de maior importância para o estudo das garantias fiduciárias atualmente utilizadas.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação fiduciária de bens imóveis. Revista de Direito Imobiliário, nº 51, p.237(2001).

Tratava-se de um pacto desprovido de ação para compelir o credor a restituir o bem ao devedor, convertendo-se normalmente a obrigação do fiduciário no pagamento de indenização²⁶.

Na fidúcia *cum creditore*, portanto, não se resumia somente na fidelidade da devolução da coisa confiada (*fides restituendi*) no caso de pagamento do débito, senão que compreendia a faculdade de venda outorgada ao credor fiduciário, essa é a novidade que apresenta essa fidúcia *cum creditore* em relação à originária fidúcia *cum amico*²⁷.

2.3.4 O trust do direito anglo-saxônico

Na Inglaterra, a partir da Idade Média, em 1066, passa a ser instituído o *trust*, ocasião esta que as terras da nobreza foram tomadas por *Guilherme I*, que as concentrou em sua propriedade e passou a distribuí-las de acordo com o sistema feudal, sob forma de *tenures*, concessão feita pelo senhor a seu vassalo com o objetivo de lhe assegurar o sustento e de lhe permitir prestar ao senhor o trabalho exigido.

O surgimento do *trust* pode ser entendido com base na distinção²⁸ de *common law* e *equity* no direito inglês.

Configura-se o *trust* pela entrega de certos bens a uma pessoa, para que se utilize desses bens de acordo com o encargo que lhe fora acordado, elucidando o conceito de confiança depositada nela por estar com esse bem.

Para **Giuseppe Messina**²⁹, os *uses* passaram a ser conhecidos como *trust*, e ainda hoje, os antigos *uses*, são definidos como uma relação jurídica pela qual uma

²⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tratado**. cit.p.36.

²⁷ FUENTESECA, Cristina. **El negocio fiduciario em La jurisprudencia Del Tribunal Supremo**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997, p.58.

²⁸ Para Arnold Wald [Algumas considerações a respeito da utilização do trust no direito brasileiro, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.99, p.108(1995)], "a diferença entre a *common law* e a *equity* correspondeu à existência, no direito romano, entre o tradicional direito civil (*ius civile*), de um lado, e, de outro, o *ius gentium*, comum aos romanos e aos estrangeiros, e o direito pretoriano, surgindo nos tribunais para corrigir as eventuais iniquidades do direito escrito. A *fidúcia cum amico* surgiu no direito romano como uma técnica para suprir a existência, na época, da cessão de crédito, do mesmo modo que a *fidúcia cum creditore* foi uma das primeiras formas do direito de garantia".

²⁹ MESSINA, Giuseppe. **Scritti Giuridici - Negozi fiduciari**. Milão: Giuffrè. 1948.

pessoa (*feoffee to use*) era investida, de poder jurídico cujo exercício deveria beneficiar economicamente outra pessoa (*cestui que use*).

Conceitua **PHILIP H. PETTIT**³⁰, o *trust* como negócio jurídico pelo qual uma pessoa, chamada *trustee*, compromete-se a administrar bens sobre os quais tem controle, que são chamados em *trust*, seja em benefício de seu proprietário, denominado de *settlor*, de si mesmo ou outras pessoas, denominadas beneficiárias ou *cestuís* que *trust*, estando qualquer delas investida de legitimidade para exigir o implemento da obrigação ou para uma finalidade caritativa, que poderia ser fiscalizada pelo ministério público.

Diante dos conceitos dissertados, podemos entender como uma característica essencial do *trust*: a dupla propriedade dos bens, que ao mesmo tempo, confere grande flexibilidade ao sistema e segurança às partes envolvidas.

Em razão dessa dupla propriedade de bens, enseja, contudo dificuldades, para a sua adaptação por ordenamentos jurídicos de origem no direito romano, como no brasileiro, que se embasa no princípio da unicidade ou exclusividade do domínio. Essa questão poderia ser bastante relevante para o desenvolvimento econômico do Brasil, sobretudo no aspecto dos negócios internacionais.

2.3.5 Os negócios fiduciários no direito moderno

O negócio jurídico fiduciário caracteriza-se sempre que a transmissão do bem tem finalidade que não é a transmissão em si mesma, servindo de garantia para o cumprimento de negócio diverso³¹.

Para **MELHIM NAMEM CHALHUB**³², negócios fiduciários distinguem-se, conforme a finalidade, em duas modalidades: de garantia e de administração. Podemos citar como exemplo da primeira delas a venda com escopo de garantia, venda com reserva de domínio e a cessão fiduciária de crédito, já na segunda nos têm a recomposição de patrimônio e a cessão fiduciária para fins societários.

³⁰ PETTIT, Philip H. *Equity and the Law of trusts*. 7ª ed. Londres: Butterworths, p.23.

³¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado*. cit. P. 115-116.

³² CHALHUB, Melhim Namem. (Negocio, cit. P.49-53).

3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

O sistema de financiamento imobiliário foi fortalecido quando da entrada da Lei disciplinadora da Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, posto que possibilitasse a captação de maiores vultos de recurso financeiros com a garantia de retorno do capital de forma célere no caso de inadimplência, se comparada com outra modalidade de garantia real.

O instituto, ora estudado, permite a saída da esfera patrimonial do devedor para integrar o patrimônio do credor do bem imóvel garantidor de um financiamento. A consolidação da propriedade no patrimônio do credor fica condicionada ao implemento de uma condição resolutiva, qual seja o pagamento do financiamento.

Se comparado com a hipoteca, a alienação permite a apropriação do bem imóvel e a transformação em dinheiro para saldar o débito muito mais rápido, já que a propriedade encontra-se com o credor. Essa característica e outras peculiaridades que estudaremos a seguir tornam essa modalidade de garantia mais eficaz do que as antigas.

3.1 Evolução histórica

A alienação fiduciária surgiu nos idos do ano de 1997 da tentativa bem sucedida do governo federal em tentar estimular o setor imobiliário, gerador de riquezas e empregos.

A iniciativa governamental visou prover mais recursos financeiros necessários ao financiamento de atividade de ciclo produtivo de longo prazo, para tanto era preciso criar um ambiente favorável ao investimento nesse setor, que proporcionasse retorno e baixo risco para os detentores do capital.

A alienação fiduciária ao lado do sistema de securitização foram os responsáveis pelo fomento do setor imobiliário. Principalmente, a alienação fiduciária devido as suas características peculiares, que permitem a excussão do bem garantido de uma forma mais simples e célere quando comparado com a outra modalidade de garantia, a hipoteca.

Um dos principais entraves aos financiamentos imobiliários era a dificuldade na execução da hipoteca do imóvel e a imissão na posse do adquirente do imóvel, após a realização da hasta publica procedimento lento e custoso.

3.2 Definição

Alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual o devedor contrata com o credor a transferência temporariamente da propriedade de um bem para garantir a satisfação da prestação contraída em uma obrigação. Quando o bem conferido é um bem imóvel estamos diante da alienação fiduciária de bem imóvel, regida pela Lei nº 9.514/97.

Ao estipular a alienação fiduciária de coisa imóvel, o credor torna-se titular da propriedade resolúvel, entendida como a propriedade de caráter temporário e vinculada ao adimplemento da obrigação garantida.

A alienação fiduciária em garantia foi legalmente instituída no Brasil pela Lei nº 7.428/65 (artigo 66), posteriormente regulada pelo Decreto-Lei nº 911/69.

Também, em nosso direito, encontrando-se a propósito em duto precedente da Colenda Quarta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça à menção a ela: o negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega fictícia de um bem, geralmente em garantia, com a condição de ser devolvido posteriormente.³³

A gênese da alienação fiduciária de bem imóvel e indissociável da origem do Sistema Financiamento Imobiliário (“SFI”), com o fim de fomentar atividade da construção civil, a venda de imóveis em construção ou imóveis já construídos.

Quanto à finalidade do Sistema Financiamento Imobiliário, preleciona **Melhim Namem Chalhub**³⁴:

³³ ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação Fiduciária em Garantia**: as ações de busca e depósito, a impossibilidade e prisão civil do devedor. 1ª edição, 1998, Millennium, p.28.

³⁴ CHALUB, Melhim Mamem. **Da Incorporação Imobiliária**. 3ª ed., Renovar, 2010, p.267.

De outra parte, o Congresso veio aprovar o Projeto de Lei nº 3.242/1997, do Poder Executivo, convertendo-o na Lei nº 9.514/97, que criou o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, introduzindo importantes alterações nas condições dos negócios imobiliários ligados à produção e à comercialização de imóveis, visando criar condições de desenvolvimento do livre mercado de financiamento imobiliário em geral.

A Lei n.º 9.514 de 20 de novembro de 1997 dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) e institui a alienação fiduciária de bens imóveis para fins de garantia.

O Sistema Financiamento Imobiliário possibilitou novas fontes de recursos financeiros para atividade imobiliária como alternativa aos recursos advindos da poupança por meio do Sistema Financeiro da Habitação. Neste contexto, adveio a necessidade de garantir as captações de uma forma mais eficiente.

Durante a vigência da garantia o devedor não é proprietário do bem, mas tem apenas direito expectativo à aquisição da propriedade, além da posse direta.

Vale apontar a divergência em torno da própria definição dos termos e da imprecisão de linguagem adotada no artigo 130 do Código Civil³⁵ o qual, ao tratar do direito condicional o denominou de direito eventual, que deveria ser sinônimo de direito expectativo.

Para o **JOSÉ AUGUSTO DELGADO**³⁶ considera que há diferença entre direito condicional e eventual, pois o primeiro representa apenas expectativa de direito:

Pendente a condição, há apenas expectativa de direito, ou direito condicional. Difere este do direito do direito eventual que depende de acontecimento futuro, essencial para sua existência, decorrente do próprio interessado, enquanto a expectativa de direito depende de evento futuro e incerto não decorrente do interessado.

Já **PONTES DE MIRANDA**³⁷, não considera o direito condicional como mera expectativa de direito e ao discorrer sobre o direito expectativa, considera que o

³⁵ Art 130, CC Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

³⁶ DELGADO, José Augusto; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: dos fatos jurídicos.v.2 Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.428-429.

³⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral, tomo V. Campinas: Bookseller, 2000, p.335.

artigo 121 do Código Civil de 1916³⁸, equivalente, em parte, ao artigo 130 do Código vigente, referia-se ao direito expectativa, não obstante chamá-lo de eventual.

Tendo em vista que no mesmo texto de lei foram tratados dois diferentes temas, ou seja, o SFI e a alienação fiduciária de bens imóveis, chegou-se entender que a alienação fiduciária de bens imóveis somente poderia ser instituída em negociações imobiliárias onde houvesse a intervenção de entidades integrantes do SFI. Essa questão está superada.

A alienação fiduciária de bens imóveis se presta para garantir qualquer dívida, independente de sua natureza, e pode ser instituída por pessoa física ou jurídica e em favor de pessoa física ou jurídica.

É o que está expressamente previsto no §1º do artigo 22 da lei n.º 9.514/97:

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

- I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;
- II - o direito de uso especial para fins de moradia;
- III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;
- IV - a propriedade superficiária.

Quanto ao objeto, pode ser imóvel concluído ou em construção, a lei é clara em seu artigo 22, parágrafo único, é possível, outrossim, o imóvel ser rural ou urbano, residencial ou não, pois a lei não distingue.

A contratação da alienação fiduciária é negócio jurídico distinto da propriedade fiduciária que passará a existir no momento em que o contrato for levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis competente.

A importante distinção que precisa ser efetuada entre alienação e a constituição da propriedade fiduciária em favor do credor fiduciário.

Somente a partir do registro passa a existir a propriedade fiduciária, estabelecida em favor do credor. Pois antes disso temos um contrato, com os moldes obrigacionais, repercutindo a obrigação de transferir a propriedade- por meio resolúvel- surgindo, assim como uma consequência, a propriedade fiduciária.

Temos sempre que de forma alguma confundir esses dois conceitos: o de alienação fiduciária de coisa imóvel e o de propriedade fiduciária.

³⁸ Art. 121: Ao titular do direito eventual, no caso de condição suspensiva, é permitido exercer os atos destinados a conservá-lo.

Apesar do artigo 22 da Lei n.º 9.514/97 não fazer precisa menção, à semelhança dos demais direitos reais de garantia, o bem objeto da contratação pode ser propriedade do devedor ou de terceiro.

Em razão da expressão o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário da propriedade resolúvel de coisa imóvel, devendo ser extraídas de situações distintas, na primeira é quando o objeto da garantia prestada pertence ao fiduciante e na segunda é quando o objeto da garantia pertence à terceiro, alheio à obrigação principal, que comparece à contratação somente com a finalidade de prestá-la, e assim gera com isso um terceiro interveniente garantidor.

Já com relação à forma, pode estabelecer-se o contrato por instrumento público ou particular, conforme regra inserida no Capítulo III da lei, artigo 38:

Os contratos resultantes da aplicação desta Lei, quando celebrados com pessoa física, beneficiária final da operação, poderão ser formalizados por instrumento particular, não se lhe aplicando a norma do artigo 134, II, do Código Civil.

A ideia inicial de alienação fiduciária imobiliária, como ocorre com os direitos reais em garantia, demonstra dois momentos que sempre devem ser diferenciados: o da contratação e o surgimento do direito real.

Possui a finalidade essencial a transmissão da propriedade, mesmo sendo essa a consequência da constituição da propriedade fiduciária.

Essa transferência do domínio do bem é um meio de garantir o pagamento do crédito, numa eventual inadimplência do devedor.

3.3 Elementos do negócio jurídico da alienação fiduciária de bem imóvel

No próximo tópico iremos abordar sobre os elementos subjetivos, objetivos e formais referente à alienação fiduciária elencados na Lei n.º 9.514/97.

3.3.1 Elemento subjetivo

No que tange o contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, consta que qualquer pessoa³⁹, física e jurídica, na qualidade de credor, pode adquirir a propriedade fiduciária, com o objetivo de garantia do cumprimento de relação creditícia, de acordo com o parágrafo 1º, do artigo 22 da Lei n.º 9.514/97 e modificada pela Lei n.º 11.481/2007.

Apesar da legislação acima mencionada instituir que a contratação possa ser feita por qualquer pessoa, conjectura-se que essa espécie de negócio apenas será instituída para beneficiar, instituições financeiras, construtoras, incorporadoras, todavia, não proibindo que outra pessoa possa utilizá-lo.

Para o **Melhim Namem Chalhub**⁴⁰, a generalização da legitimidade decorre da intenção do legislador. É ler:

Diferentemente, a Lei no 9.514 de 1997, que instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário e disciplinou a alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis, atribuiu legitimidade para contratação dessa alienação a qualquer pessoa, quer física, quer jurídica, não restringindo às entidades que operam no mencionado Sistema. Com a generalização, o legislador deixa clara sua intenção de dotar o setor imobiliário, em toda a sua amplitude, de um novo instrumento para dinamização de suas atividades, em atenção à sua função multiplicadora na economia e à sua capacidade de geração de empregos em larga escala, e, em especial, viabilizar o funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários.

3.3.2 Elemento objetivo

Não existe a necessidade do bem alienado fiduciariante, que poderá ser do devedor ou de terceiro, tenha sido precedente do valor do contrato principal de mútuo que possui o intuito de garantir.

O objeto da alienação fiduciária de imóveis é a propriedade temporária de coisa imóvel conforme reza, o artigo 22 da Lei nº 9.514/97.

³⁹ SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Alienação fiduciária de coisa imóvel**. Revista Jurídica, nº 261, 1999, p. 21.

⁴⁰ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**, pp. 202-203.

O parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 9.514/97, sofreu alteração em promovida pela Lei nº 11.481/07. Em razão dessa mudança suprimiu-se o parágrafo único para que se acrescentassem dois parágrafos em seu lugar. Estes parágrafos reduziram também o debate acerca da possibilidade de imóveis contendo algum gravame real serem objeto da garantia.

Elucidaremos a seguir, o artigo 22 da Lei de alienação fiduciária com sua redação original e atual:

Art. 22 da Lei nº 9.514/97

Redação original:

Art. 22 A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI.

Redação atual

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

§1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade fiduciária plena:

I – bens enfiteuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II – o direito de uso especial para fins de moradia;

III – o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;

IV – a propriedade superficiária.

§2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do §1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso também tenham sido transferidos por período determinado”.

Consequentemente, pode-se entender que a redação atual acrescenta os bens que podem sujeitar-se à alienação fiduciária em garantia para incluir também outros direitos reais imobiliários, aumentando, desta forma, o campo de atuação deste instituto e fomentando o mercado de crédito imobiliário nacional.

3.3.3 Elementos formais

Faz-se indispensável ao contrato de alienação fiduciária imobiliária seu registro no competente Registro de Imóveis, a fim de que seja constituído o direito real em garantia, no caso, a propriedade fiduciária imobiliária, segundo o artigo 23 da Lei nº 9.514/97. Pendente de registro, como já visto, não se pode falar em propriedade fiduciária.

No entanto, é preciso conhecer os requisitos formais do contrato em tela no que tange a dois pontos: conteúdo e forma.

A legislação exige que a alienação fiduciária seja feita de forma escrita, podendo ser por instrumento público ou particular, para ser posteriormente levado a registro, originando-se a propriedade fiduciária, possuindo como obrigação o registrador se ater se consta no contratos todos os requisitos firmados no artigo 24 da Lei nº 9.514/97⁴¹.

Podemos constatar, então, que apenas poderão ser registrados os contratos em que contiverem ao menos as cláusulas supracitadas.

Como bem destaca **Renan Miguel Saad**⁴²,

(...) não quer dizer que o oficial do registro irá adentrar no conteúdo das aludidas cláusulas, haja vista que, em relação a estas, valerá a autonomia da vontade, limitada sim pelas normas gerais de nosso direito

Em virtude, do princípio da autonomia da vontade, podem as partes acrescentar ao contrato outras cláusulas para particularizar situações específicas⁴³. O que não se pode fazer é alterar o conteúdo das cláusulas elencadas, sendo

⁴¹ 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; 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.

⁴² SAAD, Renan Miguel. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis**. p. 164.

⁴³ Frederico Henrique Viegas de Lima classifica o conteúdo necessário do contrato como *essentialia negotii*, e as cláusulas que complementar o conteúdo mínimo de *accidentalita negotii*. (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, p.108.)

consideradas primordiais ou ainda excluir cláusula ou outra, por serem as mesmas autoritárias e cogentes.

3.4 Direitos e deveres do fiduciante

Para o fiduciante a alienação fiduciária vislumbra o direito provável de ter novamente a propriedade plena do bem alienado, tendo somente que adimplir com a sua dívida.

Segundo denota o artigo 24, inciso V, da Lei nº 9.514/97, uma vez o fiduciante estando em dia com suas obrigações, poderá dispor e fruir livremente o bem alienado.

Todavia não cumprida com sua obrigação, possui o devedor o direito de ser intimado para purgar a mora e caso não a purgue, poderá ter o bem alienado em leilões, lhe resguardando o direito de recebimento do valor que ultrapassar referido bem.

Já no que tange os deveres do fiduciante, podemos pontuar alguns, dentre eles, o pagamento das prestações sejam feitas nos dias aprazados, tais como, tributos e taxas que incidam sobre o imóvel, devendo também preservar esse imóvel para evitar sua danificação. Caso ocorra a mora, precisa o fiduciante desocupar o imóvel, podendo correr o risco de ser deferida liminar de reintegração de posse em favor do credor.

3.5 Direitos e deveres do fiduciário

Logo que o contrato de alienação fiduciária for registrado perante o Registro Imobiliário competente, começa para o fiduciário o direito real, em razão da transferência da propriedade fiduciária pelo fiduciante para garantir o cumprimento da obrigação principal.

O fiduciário possui o direito de em caso de inadimplemento do devedor e caso esse esteja constituído em mora, consolidar a propriedade em seu nome e logo após satisfazer seu crédito.

Podemos descrever como deveres do fiduciário a entrega ao devedor do termo de quitação para o cancelamento da propriedade fiduciária, por determinação de 30 dias a contar da satisfação do crédito, a realização de leilões públicos para a venda do bem.

Entretanto o bem alienado poderá responder por eventuais débitos tributários, isso porque o fiduciário, sendo proprietário, é o contribuinte do tributo.

3.6 Extinção da propriedade fiduciária de bem imóvel

São duas as formas de extinção da propriedade fiduciária de bem imóvel e são elas: pelo adimplemento ou inadimplemento do fiduciante em relação à obrigação principal contratada, isto é, pelo pagamento integral ou não da dívida. Oportuno se faz descrevê-las.

3.6.1 Por adimplemento da obrigação principal

O fator essencial para a extinção da propriedade fiduciária é o cumprimento da dívida, tornando assim o fiduciante proprietário pleno.

A transmissão da propriedade imobiliária ocorreu com escopo de garantir outra obrigação, estando esta quitada, resolve-se a propriedade fiduciária imobiliária em favor do credor para seu retorno ao patrimônio do devedor.

O pagamento ocasiona, o implemento da condição que, por um lado, obriga o fiduciário a dar quitação ao fiduciante e, por outro, possibilita que este recupere a plena propriedade do imóvel⁴⁴.

Sobre o adimplemento contratual, dispõe o artigo 25 da Lei n º9.514/97:

⁴⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. p. 274.

Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

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

§2º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

O efeito dessa extinção se concretiza com o cancelamento do registro da propriedade fiduciária, desse modo o devedor precisa fornecer ao fiduciante, o termo de quitação com a autorização para que o oficial do Registro Imobiliário promova o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Caso não seja feito esse procedimento, ficará o credor fiduciário em mora *creditores*, estando ainda suscetível a multa sobre o valor de 0,5% sobre o valor do contrato.

3.6.2 Por inadimplemento da obrigação garantida

Contempla o artigo 26 da Lei nº 9.514/97 que, deixando o fiduciante de pagar a dívida, deverá ser constituído em mora nos termos da lei em referência.

Passado este período, caso o devedor continue inadimplente, será desfeito o contrato e haverá a consolidação da propriedade fiduciária em favor do fiduciário.

Entende-se que a resolução do contrato fica suspensa até se exaurir todos os meios de purgar a mora, pois a lei determina a prova da mora para o efeito de consolidar a propriedade⁴⁵.

Assim havendo o inadimplemento por parte do devedor, fica autorizado o credor, a requerer ao Registro Imobiliário a intimação do devedor para que ele purgue a mora no prazo de 15 dias. Se porventura o devedor pagar a quantia devida, acarretará a recuperação do contrato de alienação fiduciária em garantia.

Decorridos os 15 dias contados do recebimento da notificação do cartório de registro de imóveis, o credor terá a propriedade consolidada em sua esfera

⁴⁵ A Lei n.º 9.514/97 , artigo 26, parágrafo 2º.

patrimonial, ficando com o ônus de promover, se necessário, dois leilões, que devem ser judiciais ou extrajudiciais.

O primeiro leilão deverá respeitar o valor estipulado no contrato de alienação fiduciária celebrado entre o fiduciante e o fuduciário. Não ocorrendo arrematação, o bem imóvel é levado para o segundo leilão que poderá ser adquirido pelo maior valor ofertado no pregão.

Caso o segundo leilão termine sem a venda do imóvel, o fiduciário torna-se o proprietário definitivamente e o débito do fiduciante é extinto em sua integralidade.

Um dos efeitos da alienação fiduciária de bem imóvel, é o desmembramento da posse. O fiduciante torna-se possuidor direto, enquanto fiduciário é o possuidor indireto. Tal característica ganha especial relevância na extinção da alienação fiduciária de bem imóvel por inadimplência do fiduciante.

Promovido os leilões e havendo a arrematação do bem imóvel, o devedor deverá desocupar o imóvel. Caso haja a recusa na desocupação, poderá o arrecadante i) receber o imóvel desocupado por meio do mandado de imissão na posse em caso de venda em leilão judicial; ou ii) manejar ação de reintegração de posse para expulsão do devedor do imóvel adquirido.

A ação de reintegração pode ser maneja com o pedido de liminar, pois o art.30 da Lei n º 9.514/97 permite a sua concessão desde que haja a comprovação da consolidação da propriedade.

No que tange ao efeito do Leilão extrajudicial, muito se tentou impedir a desocupação do imóvel ou a transferência para o adquirente por meio de ações alegando cerceamento de defesa. Porém, há reiterados julgados no Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido da não ocorrência de cerceamento por se tratar de questão pura de direito e não de fato, o que torna desnecessária abertura da fase instrutória ao longo do processo.

Apelação Alienação fiduciária Bem imóvel Ação de reintegração de posse. Sentença de acolhimento do pedido – **Preliminar de cerceamento de defesa sem a menor consistência, uma vez que o litígio versa sobre tema exclusivamente de direito.** Irresignação igualmente improcedente quanto ao mais Requisitos da Lei 9.514/97 considerados cumpridos Diploma em questão expresso ao prever a ação de reintegração de posse como instrumento destinado à célere recuperação da garantia, sem exigir posse antecedente do autor da demanda Processo em que inadmissível é a discussão sobre aspectos intrínsecos do contrato, sobretudo cláusulas financeiras Discussão essa, ademais, travada pelos réus da demanda em exame mediante outras ações, julgadas improcedentes De todo despropositado, outrossim, pretender condicionar a entrega da posse à

restituição de valores a que o devedor fiduciante entende fazer jus, a pretexto do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor. Hipótese encontrando disciplina própria no art. 27 da Lei 9.514/97 Norma essa se sobrepondo, pelo princípio da especificidade, ao dispositivo consumerista. Precedentes. (“Grifo Nosso” – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 25 Câmara – apelação com revisão n 9186261-76.2007.8.26.0000 – Apelante: Antonio Galvão Nogueira e Kelly Cristina Almeida Nogueira e Apelada: Brazilian Securities Companhia de Securitização).

4 ASPECTOS POLÊMICOS DA ALINAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

4.1 O Direito do Consumidor e a alienação fiduciária

Os agentes financeiros utilizam o contrato de adesão, tendo em vista que é o instrumento de circulação de riquezas, e nessa forma de contratação, aplicam ao instituto alienação fiduciária de bens imóveis, por intermédio de cláusulas contratuais nesses contratos de adesão de crédito imobiliário, como já sendo prática de mercado financeiro.

O contrato de adesão surge da evolução histórica, social, tecnológica e econômica da humanidade, que com a revolução industrial, teve crescimento da economia, e no consumo em massa.

Contudo esse novo contrato, impossibilitou o ajuste individual e a discussão que interessassem somente ao consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor atua não só no momento da contratação, adesão, como também, na fase pré-contratual, disciplinando a publicidade, depois na pós-contratação e por último na execução do contrato.

Não podemos esquecer que o Código de Defesa do Consumidor adota a teoria da imprevisão, decorrendo assim da prescrição a solidariedade da responsabilidade objetiva dos fornecedores e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na execução dos contratos.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas operações de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel deve ser feita com cautela, pois a análise dos contratantes é essencial para o preenchimento das condições dos princípios que regem o microsistema do consumidor, não podemos falar em hipossuficiência do consumidor e vulnerabilidade.

4.2 Da aplicação do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor

A aplicação do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor em face da Lei nº 9.514/97 possui um dos temas mais discutidos se tratando da alienação fiduciária de bens imóveis.

O artigo 53, caput, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁶, reputa nulas, cláusulas que estabeleçam a perda total de prestações pagas pelo devedor em benefício do credor em caso de resolução de contratos de compra e venda a prazo e de alienação fiduciária em garantia e retomada do bem alienado.

Nota-se que tal disposição pretende reprimir a retenção das parcelas pagas pelo consumidor, inibindo desse modo, que o fornecedor do produto, se locupleteie de um modo ilícito.

Ao falarmos de alienação fiduciária de bens imóveis, o seu artigo 27 da Lei n.º 9.514/97, traz meio específico para resguardar o devedor fiduciante, impondo que o credor fiduciário restitua as parcelas que excederam ao valor do imóvel em público leilão, no caso do não pagamento da obrigação principal.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu em casos parelhos a respeito, conforme Recurso Especial abaixo mencionado:

SFI - SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. LEI 9.514/97. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. INADIMPLENTO DO FIDUCIANTE. CONSOLIDAÇÃO DO IMÓVEL NA PROPRIEDADE DO FIDUCIÁRIO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. SUSPENSÃO. IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO. PRETENSÃO, DO CREDOR, A OBTER A REINTEGRAÇÃO DA POSSE DO IMÓVEL ANTERIORMENTE AO LEILÃO DISCIPLINADO PELO ART. 27 DA LEI 9.514/97. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI⁴⁷.

Contudo existe posicionamento controvertido da doutrina quanto à aplicabilidade do mencionado dispositivo legal aos contratos de financiamento imobiliário garantidos por alienação fiduciária, regrados na Lei nº 9.514/97, em

⁴⁶ Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabelecem a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

⁴⁷ Conforme já explicitado é Acórdão do referido Recurso Especial n.º 1.155.716 DF(2009/01598205), Ministra Nancy Andrighi, j. 13-03-2012., reproduzido no Anexo IV deste trabalho.

especial no caso de inadimplemento, satisfazer o crédito do fiduciário (artigos 26 e 27 da Lei nº 9.514/97).

Já é pacífico que eventual cláusula de perda dos valores pagos pelo devedor em favor do credor, em contrato de alienação fiduciária, deverá ser tida como nula, de pleno direito, tendo a jurisprudência⁴⁸, inclusive, se posicionado sobre a aplicação da legislação consumerista a contratos bancários, dentre os quais o de mútuo, relação principal garantida pelo contrato de alienação fiduciária.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já se posicionou a respeito da constitucionalidade da Lei nº 9.514/97, segue acórdão:

CONTRATO DE VENDA E COMPRA COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. Relação jurídica regida pela Lei 9.514/97. Inaplicabilidade do art.53 do CDC. Impossibilidade de devolução das parcelas pagas, como se compromisso de compra e venda fosse. Parcelas pagas que são aproveitadas no abatimento da dívida atualizada. Direito do devedor fiduciante ao recebimento de valor excedente depois de excutido o bem. Precedentes da jurisprudência. Sentença de improcedência confirmada⁴⁹.

Verificamos os que sustentam a tese da aplicação do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor em face da Lei nº 9.514/97, argumentam tratar de norma que necessita ser obedecida, pois possui um relevante interesse público, desencadeando tratativas econômicas e sociais de consumo.

Se raciocinarmos sob esse prisma, podemos chegar à conclusão que caso a alienação fiduciária de bens imóveis estiver enraizada dentro de uma relação de consumo, deverão ser seguidas as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo com posição contrária, a esse posicionamento, existe sim uma corrente doutrinária que defende que a Lei nº 9.514/97, por ser lei especial e rege o tema da alienação fiduciária de bens imóveis, posterior à promulgação do Código de Defesa do Consumidor, e que com este não contrasta, para estes o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor não se aplicaria à alienação fiduciária de bens imóveis⁵⁰.

⁴⁸ Nos termos da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, verbis: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (RSTJ, v.185, p.666)

⁴⁹ Apelação nº 0120214-12.2008.8.26.0011, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator Desembargador Milton Carvalho, j.13/12/2012, decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", com participação dos Desembargadores Natan Zelinschi de Arruda (Presidente sem voto), Teixeira Leite e Fábio Quadros. Em virtude da relevância dos temas tratados, o inteiro teor do acórdão foi reproduzido no Anexo III deste trabalho.

⁵⁰ LIMA, Claudio Lojkasek. 1º Prêmio ABECIP de Monografia em Crédito Imobiliário e Poupança, p. 209.

Ambos os entendimentos doutrinários possuem argumentos persuasivos, desse modo vêm crescendo decisões sobre o mérito nos tribunais.

Em decisão proferida em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “a forma do valor pago pelo devedor fiduciante encontra-se regulada pelo parágrafo 4º do artigo 27 da Lei 9.514/97 e não de acordo com a forma genérica do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor”⁵¹.

4.3 Constitucionalidade do Leilão Extrajudicial

A respeito da constitucionalidade do leilão extrajudicial existem alguns questionamentos na nossa doutrina.

Podemos citar o entendimento do **ARRUDA ALVIM**⁵², que defende a constitucionalidade da execução extrajudicial, pois considera que não ofenderia a ampla defesa e o devido processo legal, além do mais o Judiciário poderia ser movido a qualquer tempo evitando assim prejuízos ao direito e eventuais lacunas.

Para **DINAMARCO**⁵³, o recurso ao controle jurisdicional é admissível em dois momentos e com duas intenções fundamentais, e são elas: no início, quando da notificação para purgar a mora ou na ocasião do registro imobiliário destinado a esse fim, é tácito ao devedor-fiduciante opor em juízo as exigências do credor ou até mesmo a exatidão do procedimento e logo após do registro imobiliário na matrícula, poderá ele discordar em juízo a quantia da venda realizada no leilão.

Nesse sentido a Lei n.º 9.514/97, nos traz um mecanismo que evita a morosidade de um processo de execução judicial.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu positivamente sobre a constitucionalidade do sistema de execução⁵⁴.

⁵¹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível sem Revisão n. 400.962-4/0-00 da 5ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Oldemar Azevedo.

⁵² ARRUDA, Alvim. **Alienação**. cit. p. 164.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. Revista de Direito Imobiliário, v. 51, 2001, p.241.

⁵⁴ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 223.075-1/DF. Relator. Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 23 jun.1998.

RE 223075 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO Julgamento: 23/06/1998 Órgão
Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 06-11-1998 PP-00022 EMENT
 VOL-01930-08 PP-01682 RTJ VOL-00175/02 PP-00800 **Parte(s)** RECTE.:
 CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEFADVDOS. : UBIRACI MOREIRA
 LISBOA E OUTROS RECD. : ISMARA DE CARVALHO BASTOS
 ADVDOS.: GÉRON ALVES DE OLIVEIRA JÚNIOR E OUTROS **EMENTA:**
EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66.
CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal
 com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de
 controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da
 garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade
 perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos
 meios processuais adequados. **Recurso conhecido e provido. Decisão**
 A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do
 Relator. Unânime. 1ª Turma, 23.06.98.

A Constituição Federal, conhecida como a constituição cidadã, instituiu o atual ordenamento jurídico vigente em substituição a um estado de exceção da época da Ditadura. Diante desse dado, notamos que o nosso ordenamento jurídico possui uma gama de direitos estabelecidos para proteger o Direito individual contra qualquer abuso.

A constituição cidadã estabeleceu o princípio do devido processo legal, lastreado no contraditório e na ampla defesa. Para que a Lei infraconstitucional não seja maculada de inconstitucionalidade, não pode conter em seu interior dispositivos contrários aos dispositivos constitucionais expressos ou qualquer de seus princípios.

Alienação fiduciária de bens imóveis tem sido mais utilizada do que a hipoteca por propiciar a excussão patrimonial sem a necessidade do ingresso no poder judiciário. Diante disso, caberia indagar se a previsão do leilão judicial é inconstitucional.

O Leilão Extrajudicial não é inconstitucional já que encontra-se prevista em lei e não exclui o acesso ao judiciário para obter qualquer provimento necessário a tutela de direitos, seja do fiduciante como do fiduciário. Tal procedimento, serve para a consolidação e satisfação do crédito obtido perante o fiduciário.

Uma vez consolidada a propriedade na esfera patrimonial do Fiduciário, deverá realizar leilão para venda do imóvel pelo valor mencionado no instrumento de constituição. Não havendo arrematação no primeiro leilão, o Fiduciário deverá outro o qual se realizará por qualquer preço. Havendo qualquer ilegalidade, seja de citação ou de cobrança de maneira contraria ao contrato, o fiduciário poderá levar tal demanda ao judiciário, estabelecendo o devido processo legal e dando as partes a oportunidade de apresentar suas razões antes do julgamento de mérito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para finalizarmos esse estudo, podemos concluir que a alienação fiduciária, como sendo um ato de alienar em si, é negócio jurídico contratual, é um instrumento que almeja a garantia fiduciária como direito real.

Esse instituto tal como é descrito na nossa lei, tem por objetivo essencial propiciar maior facilidade ao consumidor na aquisição de bens e consequentemente uma garantia maior para o financiador, resguardado pela propriedade resolúvel da coisa financiada enquanto não saldo a dívida, gerando assim ao legislador instrumentos processuais eficientes.

Com o advento da Lei n.º 9.514/97 a figura da alienação fiduciária em garantia foi reconhecida para o sistema financeiro imobiliário.

Diante de vários estudos, a alienação fiduciária é considerada uma garantia muito mais célere e a sua recuperação junto ao credor do bem é mais eficaz.

Contudo esse instituto não se enquadrou (adaptou) com a destreza esperado para o nosso mercado imobiliário.

Podemos entender algumas das razões para esse fato, uma delas se dá pelo ponto de vista do Direito, não está na legislação, que é interessante e possui mecanismos necessários para o seu regular funcionamento, mas por uma questão mais cultural esse paternalismo, o problema social colocado no processo, não consegue visualizar o impacto da decisão no ambiente econômico e social.

Acreditamos que a alienação fiduciária em garantia possibilita o desenvolvimento do setor imobiliário baseado no benefício de toda a coletividade e possui importante papel no sistema jurídico com o intuito de tornar mais eficiente os negócios imobiliários, com também foi o motivador com grande relevância para o desenvolvimento social.

Não podemos descartar as inúmeras vantagens que esse instituto nos contempla, em contrapartida ele não foi avaliado em um momento de recessão, se é que nos permitem usar essa palavra, pois o momento político atual que vivenciamos com certeza irão refletir sobre essa garantia.

Momento esse que quando passamos por impactos políticos e econômicos é inevitável que essas garantias se tornem alvo de realce, na medida em que o mercado imobiliário brasileiro passou por crises econômicas nos últimos anos.

Já estamos percebendo por meio de estudos estatísticos que o grande número de investimentos de direitos creditórios, focados no mercado incorporador, passa por inúmeros riscos, diante das informações que lhe são transmitidas.

Diante da situação fática atual, acreditamos que a possível resolução do débito, com a consolidação da propriedade do imóvel, prevista no artigo 27, da Lei 9514/97, deve ser dimensionada jurídica e economicamente para soluções alternativas que minimizem esse inevitável risco negocial da operação.

Abordamos o presente instituto, com a única intenção de denotar os principais aspectos da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

REFERÊNCIAS

- ALFARO, Ricardo. ***Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil***. Cursos monográficos, vol. I. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, Cuba, 1948.
- ALVES, José Carlos Moreira. ***Alienação Fiduciária em Garantia***. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- _____. ***Direito Romano***. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v.III.
- ALVES, Vilson Rodrigues. ***Alienação Fiduciária***. 2ª ed., Editora BH, 2012.
- ALVIM, Eduardo Arruda. ***Curso de Direito Processual Civil***. São Paulo: RT 1998.
- AMAYUELAS, Esther Arroyo I. *Los patrimonios fiduciarios y el trust*. In: ***Revista Crítica de Derecho Inmobiliario***. Janeiro – fevereiro 2006, N 693,
- BARRIERI, François. ***La Réception du trust au travers de la fiducie***. Paris: Litec, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. ***Comentários à Constituição do Brasil***. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BEVILACQUA, Clovis. ***Teoria Geral do Direito Civil***. 2ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.
- BUZAID, Alfredo. Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia. In: ***Revista dos Tribunais***. n.401, os. 9-29.
- CHALHUB, Melhim Namem. ***Negócio Fiduciário***. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.
- DEDA, Artur Oscar de Oliveira, ***Alienação Fiduciária em Garantia***. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- EGREIROS, Teresa. ***Teoria do Contrato: novos paradigmas***. RJ/SP: Renovar, 2002.
- ESPÍNOLA, E. ***Os direitos Reais Limitados ou Direitos sobre a Coisa Alheia e os Direitos Reais de Garantia no Direito Civil Brasileiro***. Rio de Janeiro, 1958.
- FELICIANOS, Guilherme Guimarães. ***Tratado de alienação fiduciária em garantia***. Das bases romanas à lei n. 9514/97. São Paulo: LTr, 1999.
- GOMES, Orlando. ***Alienação fiduciária em garantia***. 4ª ed., São Paulo: RT, 1975.
- _____. ***Obrigações***. Revista, atualizada e comentada de acordo com o Código Civil de 2002. 16ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- GONÇALVES, Aderbal da Cunha. ***Da propriedade resolúvel***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. ***Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil***. São Paulo: RT, 1975.
- HART, Walter G. *What is a trust*. In: ***The Law Quarterly Review***, v. 15, nº LIX, jul. 1989.

- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel**. Editora Afiliada, 2006.
- LOYOLA, Gustavo. Aspectos Econômicos do Código Civil. In: **O Crédito Imobiliário em face do Novo Código Civil**. São Paulo: IRIB. ABECIP, 2005.
- MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- MARTORELL, Navarro. **La propiedad fiduciária**. Barcelona : Bosch, Casa Editorial, 1950.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. 3ª ed., v.23. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- PERES, Tatiana Bonatti. **Temas de Direito Imobiliário e Responsabilidade Civil**. Editora Lumen Juris, 2012.
- POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Tradução: Adriano Sotero De Witt, Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.
- RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.
- RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sergio. **Propriedade Fiduciária Imóvel**. Malheiros Editores, 2009.
- ROQUE, Sebastião José. **Da alienação fiduciária em garantia**. Editora Icone, 2010.
- SAAD, RENAN MIGUEL. **A Alienação de imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 308 págs.
- TAVARES, Zilda. **Código de Defesa do Consumidor e a alienação fiduciária imobiliária**. São Paulo: Editora Método, 2005.
- TERRA, Marcelo. **Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia**. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil IRIB, 1998.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. coordenador. **O contrato imobiliário e a legislação tutelar do consumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 426 págs.
- TIMM, Luciano. org. **Direito e Economia**. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.
- TUTIKIAN, Claudia Fonseca. et al. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2ª ed., São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.
- VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. **Direitos Reais**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 1995.
- WALD. Arnaldo. **Novos Instrumentos para o Direito Imobiliário**: Fundos, Alienação Fiduciária e Leasing. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.60, nº 432, out.1971.

ANEXO I – INTEIRO TEOR DA LEI N.º 9.514/97, COM SUA REDAÇÃO CONSOLIDADA.

LEI Nº 9.514, DE 20 DE NOVEMBRO DE 1997

Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

Do Sistema de Financiamento Imobiliário

Seção I

Da finalidade

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

Seção II

Das entidades

Art. 2º Poderão operar no SFI as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional - CMN, outras entidades.

Art. 3º As companhias securitizadoras de créditos imobiliários, instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações, terão por finalidade a aquisição e securitização desses créditos e a emissão e colocação, no mercado financeiro, de Certificados de Recebíveis Imobiliários, podendo emitir outros títulos de crédito, realizar negócios e prestar serviços compatíveis com as suas atividades.

Parágrafo único. O Conselho Monetário Nacional - CMN poderá fixar condições para o funcionamento das companhias de que trata este artigo.

Seção III

Do financiamento imobiliário

Art. 4º As operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no SFI, segundo condições de mercado e observadas as prescrições legais.

Parágrafo único. Nas operações de que trata este artigo, poderão ser empregados recursos provenientes da captação nos mercados financeiro e de valores mobiliários, de acordo com a legislação pertinente.

Art. 5º As operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI, serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais:

- I - reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste;
- II - remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato;
- III - capitalização dos juros;
- IV - contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente.

§ 1º As partes poderão estabelecer os critérios do reajuste de que trata o inciso I, observada a legislação vigente.

§ 2º As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 3º Na alienação de unidades em edificação sob o regime da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, a critério do adquirente e mediante informação obrigatória do incorporador, poderá ser contratado seguro que garanta o ressarcimento ao adquirente das quantias por este pagas, na hipótese de inadimplemento do incorporador ou construtor quanto à entrega da obra.

Seção IV

Do Certificado de Recebíveis Imobiliários

Art. 6º O Certificado de Recebíveis Imobiliários - CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro.

Parágrafo único. O CRI é de emissão exclusiva das companhias securitizadoras.

Art. 7º O CRI terá as seguintes características:

I - nome da companhia emitente;

II - número de ordem, local e data de emissão;

III - denominação "Certificado de Recebíveis Imobiliários";

IV - forma escritural;

V - nome do titular;

VI - valor nominal;

VII - data de pagamento ou, se emitido para pagamento parcelado, discriminação dos valores e das datas de pagamento das diversas parcelas;

VIII - taxa de juros, fixa ou flutuante, e datas de sua exigibilidade, admitida a capitalização;

IX - cláusula de reajuste, observada a legislação pertinente;

X - lugar de pagamento;

XI - identificação do Termo de Securitização de Créditos que lhe tenha dado origem.

§ 1º O registro e a negociação do CRI far-se-ão por meio de sistemas centralizados de custódia e liquidação financeira de títulos privados.

§ 2º O CRI poderá ter, conforme dispuser o Termo de Securitização de Créditos, garantia flutuante, que lhe assegurará privilégio geral sobre o ativo da companhia securitizadora, mas não impedirá a negociação dos bens que compõem esse ativo.

Seção V

Da securitização de créditos imobiliários

Art. 8º A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos:

I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individuação do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido; (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

II - a identificação dos títulos emitidos;

III - a constituição de outras garantias de resgate dos títulos da série emitida, se for o caso.

Parágrafo único. Será permitida a securitização de créditos oriundos da alienação de unidades em edificação sob regime de incorporação nos moldes da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

Seção VI

Do regime fiduciário

Art. 9º A companhia securitizadora poderá instituir regime fiduciário sobre créditos imobiliários, a fim de lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, sendo agente fiduciário uma instituição financeira ou companhia autorizada para esse fim pelo BACEN e beneficiários os adquirentes dos títulos lastreados nos recebíveis objeto desse regime.

Art. 10. O regime fiduciário será instituído mediante declaração unilateral da companhia securitizadora no contexto do Termo de Securitização de Créditos, que, além de conter os elementos de que trata o art. 8º, submeter-se-á às seguintes condições:

I - a constituição do regime fiduciário sobre os créditos que lastreiem a emissão;

II - a constituição de patrimônio separado, integrado pela totalidade dos créditos submetidos ao regime fiduciário que lastreiem a emissão;

III - a afetação dos créditos como lastro da emissão da respectiva série de títulos;

IV - a nomeação do agente fiduciário, com a definição de seus deveres, responsabilidades e remuneração, bem como as hipóteses, condições e forma de sua destituição ou substituição e as demais condições de sua atuação;

V - a forma de liquidação do patrimônio separado.

Parágrafo único. O Termo de Securitização de Créditos, em que seja instituído o regime fiduciário, será averbado nos Registros de Imóveis em que estejam matriculados os respectivos imóveis.

Art. 11. Os créditos objeto do regime fiduciário:

I - constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora;

II - manter-se-ão apartados do patrimônio da companhia securitizadora até que se complete o resgate de todos os títulos da série a que estejam afetados;

III - destinam-se exclusivamente à liquidação dos títulos a que estiverem afetados, bem como ao pagamento dos respectivos custos de administração e de obrigações fiscais;

IV - estão isentos de qualquer ação ou execução pelos credores da companhia securitizadora;

V - não são passíveis de constituição de garantias ou de excussão por quaisquer dos credores da companhia securitizadora, por mais privilegiados que sejam;

VI - só responderão pelas obrigações inerentes aos títulos a ele afetados.

§ 1º No Termo de Securitização de Créditos, poderá ser conferido aos beneficiários e demais credores do patrimônio separado, se este se tornar insuficiente, o direito de haverem seus créditos contra o patrimônio da companhia securitizadora.

§ 2º Uma vez assegurado o direito de que trata o parágrafo anterior, a companhia securitizadora, sempre que se verificar insuficiência do patrimônio separado, promoverá a respectiva recomposição, mediante aditivo ao Termo de Securitização de Créditos, nele incluindo outros créditos imobiliários, com observância dos requisitos previstos nesta seção.

§ 3º A realização dos direitos dos beneficiários limitar-se-á aos créditos imobiliários integrantes do patrimônio separado, salvo se tiverem sido constituídas garantias adicionais por terceiros.

Art. 12. Instituído o regime fiduciário, incumbirá à companhia securitizadora administrar cada patrimônio separado, manter registros contábeis independentes em relação a cada um deles e elaborar e publicar as respectivas demonstrações financeiras.

Parágrafo único. A totalidade do patrimônio da companhia securitizadora responderá pelos prejuízos que esta causar por descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária ou, ainda, por desvio da finalidade do patrimônio separado.

Art. 13. Ao agente fiduciário são conferidos poderes gerais de representação da comunhão dos beneficiários, inclusive os de receber e dar quitação, incumbindo-lhe:

I - zelar pela proteção dos direitos e interesses dos beneficiários, acompanhando a atuação da companhia securitizadora na administração do patrimônio separado;

II - adotar as medidas judiciais ou extrajudiciais necessárias à defesa dos interesses dos beneficiários, bem como à realização dos créditos afetados ao patrimônio separado, caso a companhia securitizadora não o faça;

III - exercer, na hipótese de insolvência da companhia securitizadora, a administração do patrimônio separado;

IV - promover, na forma em que dispuser o Termo de Securitização de Créditos, a liquidação do patrimônio separado;

V- executar os demais encargos que lhe forem atribuídos no Termo de Securitização de Créditos.

§ 1º O agente fiduciário responderá pelos prejuízos que causar por descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária.

§ 2º Aplicam-se ao agente fiduciário os mesmos requisitos e incompatibilidades impostos pelo art. 66 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Art. 14. A insuficiência dos bens do patrimônio separado não dará causa à declaração de sua quebra, cabendo, nessa hipótese, ao agente fiduciário convocar

assembléia geral dos beneficiários para deliberar sobre as normas de administração ou liquidação do patrimônio separado.

§ 1º Na hipótese de que trata este artigo, a assembléia geral estará legitimada a adotar qualquer medida pertinente à administração ou liquidação do patrimônio separado, inclusive a transferência dos bens e direitos dele integrantes para outra entidade que opere no SFI, a forma de liquidação do patrimônio e a nomeação do liquidante.

§ 2º A assembléia geral, convocada mediante edital publicado por três vezes, com antecedência de vinte dias, em jornal de grande circulação na praça em que tiver sido feita a emissão dos títulos, instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de beneficiários que representem, pelo menos, dois terços do valor global dos títulos e, em segunda convocação, com qualquer número, sendo válidas as deliberações tomadas pela maioria absoluta desse capital.

Art. 15. No caso de insolvência da companhia securitizadora, o agente fiduciário assumirá imediatamente a custódia e administração dos créditos imobiliários integrantes do patrimônio separado e convocará a assembléia geral dos beneficiários para deliberar sobre a forma de administração, observados os requisitos estabelecidos no § 2º do art. 14.

Parágrafo único. A insolvência da companhia securitizadora não afetará os patrimônios separados que tenha constituído.

Art. 16. Extinguir-se-á o regime fiduciário de que trata esta seção pelo implemento das condições a que esteja submetido, na conformidade do Termo de Securitização de Créditos que o tenha instituído.

§ 1º Uma vez satisfeitos os créditos dos beneficiários e extinto o regime fiduciário, o Agente Fiduciário fornecerá, no prazo de três dias úteis, à companhia securitizadora, termo de quitação, que servirá para baixa, nos competentes Registros de Imóveis, da averbação que tenha instituído o regime fiduciário.

§ 2º A baixa de que trata o parágrafo anterior importará na reintegração ao patrimônio comum da companhia securitizadora dos recebíveis imobiliários que sobejarem.

§ 3º Os emolumentos devidos aos Cartórios de Registros de Imóveis para cancelamento do regime fiduciário e das garantias reais existentes serão cobrados como ato único. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Seção VII

Das garantias

Art. 17. As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por:

- I - hipoteca;
- II - cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis;
- III - caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis;
- IV - alienação fiduciária de coisa imóvel.

§ 1º As garantias a que se referem os incisos II, III e IV deste artigo constituem direito real sobre os respectivos objetos.

§ 2º Aplicam-se à caução dos direitos creditórios a que se refere o inciso III deste artigo as disposições dos arts. 789 a 795 do Código Civil.

§ 3º As operações do SFI que envolvam locação poderão ser garantidas suplementarmente por anticrese.

Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes:

- I - o total da dívida ou sua estimativa;
- II - o local, a data e a forma de pagamento;
- III - a taxa de juros;
- IV - a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de:

- I - conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente;
- II - promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária;
- III - usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel;
- IV - receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.

§ 1º As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia.

§ 2º Se as importâncias recebidas, a que se refere o parágrafo anterior, não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas no contrato.

Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

Art. 21. São suscetíveis de caução, desde que transmissíveis, os direitos aquisitivos sobre imóvel, ainda que em construção.

§ 1º O instrumento da caução, a que se refere este artigo, indicará o valor do débito e dos encargos e identificará o imóvel cujos direitos aquisitivos são caucionados.

§ 2º Referindo-se a caução a direitos aquisitivos de promessa de compra e venda cujo preço ainda não tenha sido integralizado, poderá o credor caucionário, sobrevindo a mora do promissário comprador, promover a execução do seu crédito ou efetivar, sob protesto, o pagamento do saldo da promessa.

§ 3º Se, nos termos do disposto no parágrafo anterior, o credor efetuar o pagamento, o valor pago, com todos os seus acessórios e eventuais penalidades, será adicionado à dívida garantida pela caução, ressalvado ao credor o direito de executar desde logo o devedor, inclusive pela parcela da dívida assim acrescida.

CAPÍTULO II

Da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.481, de 2007)

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

II - o direito de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

IV - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

§ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

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.

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;

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.

Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

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

§ 2º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

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.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§ 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em outro local, incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis

promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

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. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 28. A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia.

Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

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

Art. 31. O fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária.

Parágrafo único. Nos casos de transferência de financiamento para outra instituição financeira, o pagamento da dívida à instituição credora original poderá ser feito, a favor do mutuário, pela nova instituição credora. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

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

Art. 33. Aplicam-se à propriedade fiduciária, no que couber, as disposições dos arts. 647 e 648 do Código Civil.

CAPÍTULO II-A

(Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

DO REFINANCIAMENTO COM TRANSFERÊNCIA DE CREDOR

Art. 33-A. A transferência de dívida de financiamento imobiliário com garantia real, de um credor para outro, inclusive sob a forma de sub-rogação, obriga o credor original a emitir documento que ateste, para todos os fins de direito, inclusive para efeito de averbação, a validade da transferência. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

Parágrafo único. A emissão do documento será feita no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis após a quitação da dívida original. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

Art. 33-B. Para fins de efetivação do disposto no art. 33-A, a nova instituição credora deverá informar à instituição credora original, por documento escrito ou, quando solicitado, eletrônico, as condições de financiamento oferecidas ao mutuário, inclusive as seguintes: (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

I - a taxa de juros do financiamento; (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

II - o custo efetivo total; (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

III - o prazo da operação; (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

IV - o sistema de pagamento utilizado; e (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

V - o valor das prestações. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

§ 1º A instituição credora original terá prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contados do recebimento das informações de que trata o caput, para solicitar à

instituição proponente da transferência o envio dos recursos necessários para efetivar a transferência. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

§ 2º O mutuário da instituição credora original poderá, a qualquer tempo, enquanto não encaminhada a solicitação de envio dos recursos necessários para efetivar a transferência de que trata o § 1º, decidir pela não efetivação da transferência, sendo vedada a cobrança de qualquer tipo de ônus ou custa por parte das instituições envolvidas. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

§ 3º A eventual desistência do mutuário deverá ser informada à instituição credora original, que terá até 2 (dois) dias úteis para transmiti-la à instituição proponente da transferência. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

Art. 33-C. O credor original deverá fornecer a terceiros, sempre que formalmente solicitado pelo mutuário, as informações sobre o crédito que se fizerem necessárias para viabilizar a transferência referida no art. 33-A. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

Parágrafo único. O credor original não poderá realizar ações que impeçam, limitem ou dificultem o fornecimento das informações requeridas na forma do caput. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

Art. 33-D. A instituição credora original poderá exigir ressarcimento financeiro pelo custo de originação da operação de crédito, o qual não poderá ser repassado ao mutuário. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

§ 1º O ressarcimento disposto no caput deverá ser proporcional ao valor do saldo devedor apurado à época da transferência e decrescente com o decurso de prazo desde a assinatura do contrato, cabendo sua liquidação à instituição proponente da transferência. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

§ 2º O Conselho Monetário Nacional disciplinará o disposto neste artigo, podendo inclusive limitar o ressarcimento considerando o tipo de operação de crédito ou o prazo decorrido desde a assinatura do contrato de crédito com a instituição credora original até o momento da transferência. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

Art. 33-E. O Conselho Monetário Nacional e o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, no âmbito de suas respectivas competências, expedirão as instruções que se fizerem necessárias à execução do disposto no parágrafo único do art. 31 e nos arts. 33-A a 33-D desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

Art. 33-F. O disposto nos arts. 33-A a 33-E desta Lei não se aplica às operações de transferência de dívida decorrentes de cessão de crédito entre entidades que compõem o Sistema Financeiro da Habitação, desde que a citada transferência independa de manifestação do mutuário. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

CAPÍTULO III

Disposições Gerais e Finais

Art. 34. Os contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral poderão estipular que litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem, nos termos do disposto na Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996.

Art. 35. Nas cessões de crédito a que aludem os arts. 3º, 18 e 28, é dispensada a notificação do devedor.

Art. 36. Nos contratos de venda de imóveis a prazo, inclusive alienação fiduciária, de arrendamento mercantil de imóveis, de financiamento imobiliário em geral e nos títulos de que tratam os arts. 6º, 7º e 8º, admitir-se-á, respeitada a legislação pertinente, a estipulação de cláusula de reajuste e das condições e critérios de sua aplicação.

Art. 37. Às operações de arrendamento mercantil de imóveis não se aplica a legislação pertinente à locação de imóveis residenciais, não residenciais ou comerciais.

Art. 37-A. O fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inciso VI do art. 24, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 37-B. Será considerada ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano sem concordância por escrito do fiduciário. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)-

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

pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública. (Redação dada pela Lei nº 11.076, de 2004)

Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei:

I - não se aplicam as disposições da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, e as demais disposições legais referentes ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH;

II - aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.

Art. 40. Os incisos I e II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passam a vigorar acrescidos, respectivamente, dos seguintes itens:

"Art. 167.

I -

35) da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

II -

17) do Termo de Securitização de créditos imobiliários, quando submetidos a regime fiduciário."

Art. 41. O Ministro de Estado da Fazenda poderá expedir as instruções que se fizerem necessárias à execução do disposto nesta Lei.

Art. 42. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de novembro de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Malan

Antonio Kandir.

ANEXO II – REPORTAGEM EXTRAÍDA DO VALOR ECONÔMICO - ATRASO NO IMOBILIÁRIO É DE 7,8%

28/05/2013 às 00h00

De São Paulo

Dizer que a inadimplência do crédito imobiliário está entre as mais baixas da pessoa física é uma verdade apenas parcial. A modalidade encerrou abril com uma taxa de atraso de 2,2%. Menor, só o 1,2% do financiamento rural. Só que essas taxas valem só para as dívidas que não foram pagas há mais de 90 dias.

Considerando as dívidas com atraso entre 15 e 90 dias, a inadimplência do crédito imobiliário dá um verdadeiro salto. Por esse critério, a inadimplência é de impressionantes 7,8%, um pouco mais baixa que os 8,6% dos atrasos de quem financiou um veículo, mas acima dos 4% de calote do crédito consignado.

A combinação entre o longo prazo dos empréstimos e o tempo que se leva para acionar a garantia real por trás do crédito (o próprio imóvel) são os dois grandes fatores que explicam a variação entre as duas taxas de inadimplência, afirmam executivos de bancos. Pela regra da alienação fiduciária, os procedimentos podem começar a partir de 60 dias de atraso no pagamento.

Já a longa duração dos empréstimos (em média 320,7 meses em abril) abre espaço para que o acaso traga apertos ao orçamento dos mutuários, levando a atrasos temporários. Nessa hora, atrasar um pagamento que tem uma das mais baixas taxas de juros do mercado (7,9% ao ano em média) pode ser uma alternativa interessante. Mais econômico do que enfrentar os 136,8% ao ano do cheque especial.

"Geralmente, os atrasos entre 15 e 90 dias são um indicador antecedente da inadimplência. No caso do crédito imobiliário, isso não se aplica", afirma José Ramos Rocha Neto, diretor de empréstimos e financiamentos do Bradesco. O executivo reforça a tese de que, pelo juro mais baixo, a "pedalada" é mais comum no crédito imobiliário. "Só que ninguém quer correr o risco de perder a casa."

Há quem veja também razões históricas para o comportamento. "Na época da hipoteca, a execução era feita a partir da terceira parcela. Chegava na terceira parcela, o cliente pagava sem falta", afirma o vice-presidente de governo e habitação

da Caixa, José Urbano Duarte. "Da segunda para terceira parcela o nível de regularização é elevadíssimo, como no passado."

"O que estamos vendo também é uma melhora no comportamento da inadimplência já em 60 dias também", afirma Urbano. **(FM)**

© 2000–2012. Todos os direitos reservados ao Valor Econômico S.A. . Verifique nossos Termos de Uso em <http://www.valor.com.br/termos-de-uso>. Este material não pode ser publicado, reescrito, redistribuído ou transmitido por broadcast sem autorização do Valor Econômico.

ANEXO III- ACÓRDÃO DA APELAÇÃO Nº 0120214-12.2008.8.26.0011.

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000677874

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0120214-12.2008.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JUAN ALEXANDRE CAETANO DOS SANTOS, é apelado IVO ZARZUR ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo.Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente sem voto), TEIXEIRA LEITE E FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 13 de dezembro de 2012.

MILTON CARVALHO RELATOR

Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº 0120214-12.2008.8.26.0011 São Paulo VOTO Nº 44252/8

Voto nº 4425.

Apelação nº 0120214-12.2008.8.26.0011.

Comarca: São Paulo.

Apelante: Juan Alexandre Caetano dos Santos.

Apelado: Ivo Zarzur Administração e Participações Ltda.

Juíza prolatora da sentença: Roberta de Toledo Malzoni Domingues.

CONTRATO DE VENDA E COMPRA COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. Relação jurídica regida pela Lei 9.514/97. Inaplicabilidade do art.53 do CDC. Impossibilidade de devolução das parcelas pagas, como se compromisso de compra e venda fosse.Parcelas pagas que são aproveitadas no abatimento da dívida atualizada. Direito do devedor fiduciante ao recebimento de valor excedente depois de excutido o bem. Precedentes da jurisprudência. Sentença de

improcedência confirmada. Apelo desprovido. Trata-se de ação de rescisão de compromisso de compra e venda com cláusula de alienação fiduciária em garantia, com pedido de devolução de valores, julgada improcedente pela respeitável sentença de fls. 488/496, cujo relatório se adota, sob o fundamento de que o procedimento da Lei 9.514/97 não viola as disposições do Código de Defesa do Consumidor, de modo que regular a consolidação da propriedade promovida pelo credor fiduciário. Ato contínuo, foi rejeitada a medida cautelar proposta com o fito de suspender o leilão extrajudicial promovido para execução da garantia. Inconformado, apela o autor sustentado, em síntese, que deve ser assegurada a restituição das quantias pagas, pois ao seu entender o procedimento da Lei 9.514/97 fere as disposições do Código de Defesa do Consumidor, bem como diversas garantias constitucionais.

Apelação nº 0120214-12.2008.8.26.0011 São Paulo VOTO Nº 44253/8 (fls. 509/520). Houve resposta (fls. 526/537).

O processo foi distribuído inicialmente para a 29ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu do recurso, por meio do venerando acórdão de fls. 546/549, vindo a ser redistribuído a esta relatoria.

É o que importa ser relatado.

O recurso não é de ser provido.

O apelante ajuizou a presente demanda pleiteando a rescisão do contrato firmado entre as partes, escritura de venda e com alienação fiduciária em garantia (fls. 42/51), sob o argumento de que não logrou suportar o pagamento das parcelas avençadas e que a apelada agiu de forma abusiva na renegociação do saldo. Assim, requer sejam as partes restituídas ao estado anterior.

Paralelamente, ajuizou ação cautelar para o fim de suspender o leilão extrajudicial promovido pela credora fiduciária, com o escopo de executar a garantia.

Os pedidos foram desacolhidos pela respeitável sentença, que adotou o entendimento de que o inadimplemento do negócio não mais acarreta a resolução do contrato de compra e venda, perfeito e acabado. Cabe ao credor apenas e tão somente a execução do preço financiado, mediante excussão do imóvel vinculado ao crédito garantido por propriedade fiduciária, como ocorreu.

Apelação nº 0120214-12.2008.8.26.0011 São Paulo VOTO Nº 44254/8.

Sustenta o apelante, todavia, que o proceder viola as disposições do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo do artigo 53, que estipula serem nulas as

cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

A respeitável sentença deu correta solução à lide e é de ser confirmada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Isso porque se aplica ao caso as disposições da Lei 9.514/1997, a qual não encontra resistência na legislação consumerista. Não se trata de compromisso de compra e venda, quando se autorizaria a desistência por parte do promissário comprador, nos termos da súmula nº1 deste Egrégio Tribunal.

As parcelas pagas são aproveitadas para o abatimento do mútuo. Elas são somadas ao valor obtido com a excussão do bem e, então, eventual saldo é revertido em favor dos devedores fiduciários, tudo nos termos da Lei 9.514/1997.

Não há que se falar, pois, na perda total das parcelas, a qual é vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não se trata da hipótese rechaçada pelo legislador, em que o credor toma para si o bem e se apropria dos valores pagos.

Nesse sentido, é firme a jurisprudência desta Corte em respeitar o regramento da Lei 9.154/1997, não havendo que se falar em violação ao disposto no já mencionado artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor:

Apelação nº 0120214-12.2008.8.26.0011 São Paulo VOTO Nº 44255/8

CONTRATO DE VENDA E COMPRA COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - Inaplicabilidade do artigo 53 do CDC - **Impossibilidade de resolução por inadimplemento, restando ao credor executar a garantia real e levar o imóvel gravado a leilão extrajudicial, nos exatos termos da Lei 9.714/97** - Imóvel adjudicado em segundo leilão por valor próximo ao valor de avaliação - Valor a ser restituído ao devedor que corresponde apenas à diferença entre o valor de avaliação do imóvel e o valor do crédito garantido **(TJSP, Apelação nº0380650-98.2008.8.26.0577, Rel. Francisco Loureiro, 4ª**

Câmara de Direito Privado, j. 21/07/2011) (realces não originais).

RESCISÃO DE COMPRA E VENDA - **Alienação fiduciária de bem imóvel, disciplinada pela Lei 9.514/97, não sendo o caso de restituição das parcelas nos termos do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, ou de reconhecer-se a rescisão do contrato - As parcelas pagas não serão desprezadas, mas consideradas para abatimento do débito total, não havendo infringência ao**

artigo mencionado – Precedentes jurisprudenciais - Sentença mantida - Recurso provido em parte (preliminar acima) (TJSP, **Apelação nº 9098524-06.2005.8.26.0000, Rel. Percival Nogueira, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 20/10/2011**) (realces não originais).

Alienação fiduciária - Mora - Configuração - Busca e apreensão -Abordagem de cláusula contratual - Descabimento. Comprovada a mora e verificado o inadimplemento, em sede de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente mostra-se descabida pretensão voltada à abordagem de cláusula contratual.

Alienação fiduciária - Busca e apreensão - **Restituição de parcelas pagas** –

Apelação nº 0120214-12.2008.8.26.0011 São Paulo VOTO Nº 44256/8

Descabimento - Inaplicabilidade do disposto no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor. Constituindo a alienação fiduciária um contrato com peculiaridades próprias e regulado por legislação específica (Decreto-Lei nº 911/69), não há margem à incidência do disposto no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor para a restituição das prestações pagas, sendo cogitável, apenas, da entrega ao devedor fiduciante de eventual saldo existente após a venda do bem objeto da garantia e quitação dos valores contratuais impagos e com os acréscimos eventualmente devidos.

Recurso improvido. (TJSP, **Apelação nº 0000267-27.2011.8.26.0344, Rel. Orlando Pistoresi, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 18/01/2012**) (realces não originais).

No mesmo sentido, dentre diversos julgados desta Corte: **Apelação nº 0031008-04.2009.8.26.0576, Rel. Pedro Abilas, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 08/08/2012; Apelação nº 9083312-37.2008.8.26.0000, Rel. Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 20/06/2012; Apelação nº 0188306-95.2010.8.26.0100, Rel. Carlos Nunes, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 20/08/2012; Apelação nº 9169152-83.2006.8.26.0000, Rel. Andrade Marques, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 01/03/2012; Apelação nº 9129003-40.2009.8.26.0000, Rel. Gomes Varjão, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 27/02/2012; Apelação nº 9107102-84.2007.8.26.0000, Rel. Paulo**

Roberto de Santana, 23ª Câmara de Direito Privado, j. 08/06/2011;

Apelação nº 0002376-12.2010.8.26.0356, Rel. Carlos Alberto Garbi, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 01/02/2011; Apelação nº 9190130-18.2005.8.26.0000, Rel. Francisco Giaquinto, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 27/05/2008; Apelação nº

9060290-81.2007.8.26.0000, Rel. Claudio Hamilton, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 13/03/2012.

Apelação nº 0120214-12.2008.8.26.0011 São Paulo VOTO Nº 44257/8

Do mesmo modo, o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

É inviável a restituição das parcelas pagas, nos casos de contratos de alienação fiduciária, cabendo ao devedor o recebimento do saldo apurado com a venda do veículo, se houver. 2. Agravo regimental improvido (**AgRg no REsp 772.700/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, julgado em DJU24/9/2007**).

A rescisão do mútuo com alienação fiduciária em garantia, por inadimplemento do devedor, autoriza o credor a proceder à venda extrajudicial do bem móvel para o ressarcimento de seu crédito, impondo-lhe, contudo, que entregue àquele o saldo apurado que exceda o limite do débito. Daí não se poder falar na subsunção da hipótese à norma do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, o qual considera nulas, tão-somente, as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, em caso de inadimplemento do devedor, tampouco no direito deste de reaver a totalidade das prestações pagas. Recurso especial não conhecido. (**Resp 166753 / SP, Rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma, j. 03/05/2005**).

Na mesma linha, o procedimento extrajudicial não constitui afronta às garantias constitucionais apontadas nas razões do recurso. A jurisprudência desta Egrégia Corte é firme em admitir o procedimento de execução extrajudicial: **Agravo de Instrumento nº 0582159-94.2010.8.26.0000, Rel. Claudio Hamilton, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 31/01/2012; Agravo de Instrumento nº 0124350-80.2011.8.26.0000, Rel. Paulo Ayrosa, 31ª Câmara de Direito Privado,**

Apelação nº 0120214-12.2008.8.26.0011 São Paulo VOTO Nº 44258/8

j. 31/01/2012; Apelação nº 9194704-79.2008.8.26.0000, Rel. Paulo Alcides, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 09/06/2011; Agravo de Instrumento nº 0472589-76.2010.8.26.0000, Rel. Carlos Nunes, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 06/06/2011.

Analogamente, inclusive, este Egrégio Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 20, de seguinte teor: **A execução extrajudicial, fundada no Decreto-Lei nº 70, de 21.11.1966, é constitucional.**

Por fim, descabida a singela alegação de que o débito não possui os atributos de certeza e de liquidez. Conforme se apura, foi observado o regramento adequado,

não se justificando a devolução simples das parcelas pagas, como pretendido, mas sim a execução da garantia na forma prevista na Lei 9.514/1997.

Por tais fundamentos, **nega-se provimento** ao recurso.

MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO

Relator

ANEXO IV – RECURSO ESPECIAL N.º 1.155.716 DF (2009/01598205).**RECURSO ESPECIAL Nº 1.155.716 - DF (2009/0159820-5)****RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

RECORRENTE : LUIZ FERNANDO GARCIA COTTA E OUTRO

ADVOGADO : HEBERT DA SILVA TAVARES E OUTRO(S)

RECORRIDO : VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A

ADVOGADO : ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA SOARES E OUTRO(S)

EMENTA

SFI - SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. LEI 9.514/97. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. INADIMPLEMENTO DO FIDUCIANTE. CONSOLIDAÇÃO DO IMÓVEL NA PROPRIEDADE DO FIDUCIÁRIO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. SUSPENSÃO. IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO. PRETENSÃO, DO CREDOR, A OBTER A REINTEGRAÇÃO DA POSSE DO IMÓVEL ANTERIORMENTE AO LEILÃO DISCIPLINADO PELO ART. 27 DA LEI 9.514/97. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI.

1. Os dispositivos da Lei 9.514/97, notadamente seus arts. 26, 27, 30 e 37-A, comportam dupla interpretação: é possível dizer, por um lado, que o direito do credor fiduciário à reintegração da posse do imóvel alienado decorre automaticamente da consolidação de sua propriedade sobre o bem nas hipóteses de inadimplemento; ou é possível afirmar que referido direito possessório somente nasce a partir da realização dos leilões a que se refere o art. 27 da Lei 9.514/97.

2. A interpretação sistemática de uma Lei exige que se busque, não apenas em sua arquitetura interna, mas no sentido jurídico dos institutos que regula, o modelo adequado para sua aplicação. Se a posse do imóvel, pelo devedor fiduciário, é derivada de um contrato firmado com o credor fiduciante, a resolução do contrato no qual ela encontra fundamento torna-a ilegítima, sendo possível qualificar como esbulho sua permanência no imóvel.

3. A consolidação da propriedade do bem no nome do credor fiduciante confere-lhe o direito à posse do imóvel. Negá-lo implicaria autorizar que o devedor fiduciário permaneça em bem que não lhe pertence, sem pagamento de contraprestação, na medida em que a Lei 9.514/97 estabelece, em seu art. 37-A, o pagamento de taxa de ocupação apenas depois da realização dos leilões extrajudiciais. Se os leilões

são suspensos, como ocorreu na hipótese dos autos, a lacuna legislativa não pode implicar a imposição, ao credor fiduciante, de um prejuízo a que não deu causa.

4. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros

Superior Tribunal de Justiça

Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA SOARES, pela parte RECORRIDA: VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A.

Brasília (DF), 13 de março de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.155.716 - DF (2009/0159820-5)

RECORRENTE : LUIZ FERNANDO GARCIA COTTA E OUTRO

ADVOGADO : HEBERT DA SILVA TAVARES E OUTRO(S)

RECORRIDO : VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A

ADVOGADO : ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA SOARES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por LUIZ FERNANDO GARCIA COTTA e por TAIS AUGUSTO GARCIA COTTA objetivando impugnar acórdão exarado pelo TJ/DFT no julgamento de agravo de instrumento.

Ação: de Reintegração de Posse, ajuizada por VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A em face dos recorrentes, tendo como objeto imóvel por ela vendido aos réus mediante alienação fiduciária em garantia.Tendo em vista a inadimplência dos recorridos desde agosto de 2007, a autora constituiu-os em mora mediante notificação e, sem pagamento, consolidou o imóvel em sua propriedade, nos termos do art. 26, § 7º, da Lei 9.514/97. Em seguida, estabeleceu datas para a

realização de dois leilões extrajudiciais do bem, nos termos do art. 27, caput e §§, da referida Lei.

Alegando irregularidade em sua intimação acerca do procedimento, o réu LUIZ FERNANDO GARCIA COTTA, antes da possessória ajuizada por VIA EMPREENDIMENTOS, havia proposto outra ação, pelo procedimento ordinário, objetivando suspender os leilões extrajudiciais. Referida ação foi distribuída à 7ª Vara Cível de Brasília, DF (Processo nº 2008.01.1.143058-5). Nessa ação, o juízo deferiu medida liminar para, com base na irregularidade na intimação dos réus, suspender o leilão (fl. 623 a 624, e-STJ e, após, a fl. 699 a 700, e-STJ). Referido processo foi precedido por outro, ajuizado por TAIS AUGUSTO GARCIA COTTA com o mesmo objeto (processo nº 2008.01.1.140976-7, distribuído à 11ª Vara Cível do TJ/DFT).

Independentemente da realização do leilão, suspenso por decisão judicial, a VIA EMPREENDIMENTOS solicitou a reintegração da posse do bem na ação que deu origem a este recurso especial, motivando a controvérsia aqui discutida.

Medida liminar: deferida, após pedido de reconsideração (fl. 47, e-STJ).

Agravo de instrumento: interposto pelo ora recorrente. Os argumentos são os de que: (i) a realização dos leilões extrajudiciais consubstanciam condição para o pedido de reintegração de posse; (ii) o procedimento extrajudicial de venda dos imóveis não pode prosseguir na pendência de ação em que se discute o débito; (iii) o devedor ofereceu, para depósito, o valor que entende devido pelo imóvel.

Decisão: O TJ/DFT negou provimento ao agravo por decisão unipessoal do relator. Nessa decisão, o relator ponderou: (i) que o direito à reintegração de posse decorreria diretamente da norma do art. 30 da Lei 9.514/97; (ii) que a jurisprudência do TJ/DFT entende que a "discussão de valores em ações revisionais não impede a reintegração da posse; (iii) o depósito oferecido pelo recorrente foi indeferido em primeiro grau de jurisdição, por decisão mantida no TJ/DFT.

Acórdão: negou provimento ao agravo, mantendo a decisão unipessoal.

Recurso especial: interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, pelos réus da ação possessória. Alega-se violação dos arts. 26, 27, 30 e 37-A da Lei 9.514/97, bem como do art. 34 do DL 70/66, aplicável à matéria por força do art. 39, II, da mesma Lei 9.514/97 (fls. 791 a 801, e-STJ).

Admissibilidade: o recurso foi admitido na origem, por decisão da lavra do Des. Romão C. Oliveira (fls. 828 a 830).

Medida cautelar: ajuizada nesta sede, distribuída à minha relatoria sob o nº 15.590/DF. À época, deferi a medida liminar nos termos da seguinte ementa:

SFI - SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. LEI 9.514/97.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. INADIMPLEMENTO DO FIDUCIANTE. CONSOLIDAÇÃO DO IMÓVEL NA PROPRIEDADE DO FIDUCIÁRIO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. PRETENSÃO, DO CREDOR, A OBTER A REINTEGRAÇÃO DA POSSE DO IMÓVEL ANTERIORMENTE AO LEILÃO PÚBLICO DISCIPLINADO PELO ART. 27 DA LEI 9.514/97.

IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI.

- À primeira leitura, o art. 30 da Lei 9.514/97 indica que o credor de imóvel objeto de contrato de alienação fiduciária pode solicitar a sua reintegração na posse, independentemente dos leilões públicos de que trata o art. 27 da Lei, desde que tenha promovido a consolidação de sua propriedade, nos termos do art. 26 da Lei.

- A análise sistemática da norma, contudo, leva a outra conclusão. Se o art. 37-A da Lei fixa a data dos leilões judiciais como marco inicial para o pagamento, pelo devedor, de taxa de ocupação, seria contraditório supor, antes desse momento, a ilicitude da sua posse.

- A possibilidade de purgação da mora até a data da alienação judicial vem somar-se aos argumentos em prol da interpretação da Lei 9.514/97 no sentido de que o imóvel somente deve ser desocupado pelo devedor-fiduciante após a realização dos leilões públicos.

Medida liminar deferida.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.155.716 - DF (2009/0159820-5)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : LUIZ FERNANDO GARCIA COTTA E OUTRO

ADVOGADO : HEBERT DA SILVA TAVARES E OUTRO(S)

RECORRIDO : VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A

ADVOGADO : ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA SOARES E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a estabelecer se há pretensão possessória em favor do credor por contrato de financiamento de imóvel com pacto de alienação fiduciária em garantia,

na hipótese em que tal pretensão é exercida depois da consolidação da propriedade do imóvel, mas antes dos leilões a que se refere o art. 27 da Lei 9.514/97.

Quando da decisão da MC 15.590/DF, deferi a medida liminar então requerida pelos recorrentes com os seguintes fundamentos:

Na hipótese dos autos, o requerente se insurge contra a interpretação dada, pelo TJ/DF, à conjugação das regras dos arts. 26, 27, 30 e 37-A da lei 9.514/97. Toda a discussão está centrada no momento em que deve ser determinada a reintegração do credor na posse do imóvel, na hipótese de inadimplemento da obrigação.

A arquitetura da Lei é a seguinte: O art. 26 disciplina que, uma vez constatada a mora do fiduciante no contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, o credor-fiduciário deverá notificá-lo mediante o Cartório de Registro de Imóveis para purgá-la em 15 dias. Não purgada a mora, a propriedade do imóvel, antes transferida ao devedor-fiduciante, será consolidada em nome do credor-fiduciário.

A seguir, o art. 27 determina que, com a consolidação da propriedade em nome do credor, este deverá, no prazo de 30 dias, promover público leilão para a venda do bem. Dois leilões são realizados. O primeiro deles, terá como preço mínimo o montante da avaliação do imóvel. O segundo, 15 dias depois, terá como preço mínimo o valor da dívida mais despesas, seguro, tributos e demais encargos incidentes.

Por fim, o art. 30 da Lei disciplina que "é assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão (...), a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome."

Ou seja, todos esses atos: consolidação da propriedade, leilões públicos e reintegração na posse, são previstos, pela lei, numa seqüência lógica. Se tudo correr como determina a lei, em hipótese alguma a reintegração na posse do imóvel poderá ocorrer antes da realização dos leilões de que trata o art. 27.

Ocorre que no processo sob julgamento essa ordem não pôde ser obedecida. Por força de incorreta publicação dos editais, reconhecida pelo juízo de 1º grau, os leilões públicos que deveriam ser realizados em 30 e 45 dias contados do registro da consolidação da propriedade do imóvel, acabaram por não acontecer. E daí surgiu a questão: a reintegração na posse do imóvel, disciplinada pelo art. 30, pode ocorrer sem esses leilões?

A leitura isolada do art. 30 da Lei 9.514/97 indica que sim. Não há, nessa norma, em princípio, qualquer indicação de que a reintegração da posse do imóvel não deva ser deferida em favor de seu proprietário, independentemente da realização dos leilões. Contudo, a Lei deve ser interpretada de maneira sistemática. Há duas disposições, como bem observado pelo requerente, que não podem deixar de ser levadas em consideração.

A primeira delas, é a do art. 37-A da Lei 9.514/97, que determina que "o fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inciso VI do art. 24, **computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel**". O requerente argumenta que não há sentido em se deferir a reintegração de posse antes da realização dos leilões, se a própria lei fixa a data desses leilões como marco inicial para a exigibilidade da taxa de ocupação a ser paga pelo devedor-fiduciante. Antes disso, a taxa de ocupação não seria exigível justamente porque a posse do devedor, sobre o imóvel, não seria irregular.

A segunda dessas disposições é a norma contida no art. 34 do DL 70/66 que, disciplinando Cédula Hipotecária, determina que "é lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos (...)". Essa disposição é expressamente aplicável aos contratos regulados pela Lei 9.514/97 (art. 39, II). O argumento do requerente é o de que, se é possível a purgação da mora até o leilão, não há sentido em se autorizar a desocupação do imóvel antes disso. Não se pode amparar a família do devedor por um lado, e desampará-la por outro.

A matéria é complexa e demanda discussão mais aprofundada. Neste momento, porém, mediante o perfunctório exame que é possível fazer em sede cautelar, vislumbra-se aparência do direito em favor do requerente. De fato, não há qualquer norma, na Lei 9.514/97, que indique, de maneira expressa, ser possível desalojar o devedor-fiduciante antes do leilão público do imóvel. Ao contrário, a própria arquitetura da Lei, com seus prazos calculados e sobrepostos em um procedimento escalonado, indica que a desocupação do bem somente deverá ocorrer após a arrematação.

De todas as disposições, entretanto, a mais significativa é a do art. 37-A, da Lei 9.514/97. Se a própria lei estabelece, como marco inicial para a cobrança da taxa de ocupação, a data do leilão público, não há sentido em se interpretar a lei de modo a que o devedor seja obrigado a deixar o imóvel antes desse momento.

Nas contrarrazões deste recurso especial, a recorrida opõe-se à pretensão dos recorrentes com novos fundamentos. Para além da alegação de litigância de má-fé e de inépcia do recurso especial (Súmula 284/STF), o recorrido sustenta que "o espírito da Lei 9.514/97 visa conferir celeridade e efetividade ao credor-fiduciário" e que a consolidação do imóvel em nome do credor, sem a respectiva reintegração de sua posse sobre ele, seria providência inócua e sem sentido. Para o recorrido, o argumento de que "a Lei confere aos Recorrentes a possibilidade de purgar a mora até a data da alienação judicial do imóvel" é carente denexo, uma vez que, além de poderem arrematar o imóvel no leilão mesmo que destituídos da respectiva posse, nada leva a crer que os devedores venham, no futuro, a purgar uma mora que até este momento vêm ignorando.

Outrossim, a recorrida sustenta que "além de não receber pelo imóvel que está sendo utilizado pelos Recorrentes há dois anos, sem nenhum ônus, a Recorrida ainda está sendo obrigada a pagar os débitos de condomínio e os tributos", experimentando, com isso, significativo prejuízo. Por fim, sustenta que:

Sabe-se que a posse do devedor-fiduciante decorre da relação fiduciária e é exercida como consequência natural dessa relação, só sendo admitida, por isso mesmo, enquanto adimplente o devedor-fiduciante. Ao romper-se a relação fiduciária por inexecução culposa do devedor-fiduciante, sua posse deixa de existir a justo título, de modo que a recusa à restituição do imóvel caracteriza esbulho, motivando assim a ação de reintegração da posse.

Para solução da questão, é necessário que se tenha em vista que só há sentido numa disputa possessória quando se está diante da afirmação de duas posses, cada uma com o seu respectivo fundamento de fato e de direito. A posse dos recorrentes sobre o imóvel discutido foi adquirida por ato inter vivos, consubstanciado na compra e venda com alienação fiduciária em garantia. O imóvel, a partir desse contrato, ingressou em sua esfera jurídica, de modo que, com fundamento nos direitos decorrentes desse instrumento, os recorrentes exerceram seu poder de fato sobre o imóvel discutido. A aquisição da posse, portanto, é derivada.

Com a inadimplência, o credor, aqui recorrido, inaugurou os procedimentos para a retomada do bem, previstos na Lei nº 9.514/97, constituindo em mora o devedor e, ato contínuo, consolidando em seu nome a propriedade do bem, nos termos do o art. 26, §1º a 7º, da Lei 9.514/97. Ao fazê-lo, o recorrido resolveu o contrato que fundamentara a posse do imóvel pelos recorrentes, de modo que o fundamento jurídico dessa posse se esvaiu.

Vê-se, portanto, que não há, na hipótese dos autos, a disputa da posse sobre o bem fundamentada em situações de fato autônomas. A posse, pelos recorrentes, decorria do contrato que estes haviam firmado com o próprio recorrido. Resolvido esse contrato, o fundamento de seu poder de fato sobre o bem desapareceu.

Diante desse panorama, não há como manter o que restou decidido por ocasião da apreciação da medida liminar deferida nos autos da MC 15.590/DF. De fato há, como ponderei naquela oportunidade, diversos dispositivos na Lei 9.514/97 cuja interpretação conjugada levam a uma situação de dúvida acerca do direito aplicável. Por um lado, a Lei pode atribuir ao credor-fiduciário a propriedade do bem nas hipóteses de inadimplência em um momento (ausência de purgação da mora no prazo legal), mas estabelece a cobrança de taxa de ocupação apenas em momento posterior (a partir das datas dos leilões).

A solução da dúvida, contudo, não pode se dar em um sentido contrário ao que recomenda a lógica jurídica. Resolvido o contrato do qual emergia o fundamento da posse derivada, esta retorna ao seu antigo titular, podendo-se interpretar a permanência do antigo possuidor no bem como um ato de esbulho.

O argumento utilizado pelos recorrentes, de que a ausência de previsão de cobrança, pela Lei, de taxa de ocupação do bem antes da realização dos leilões judiciais, em lugar de militar em favor de sua pretensão, na verdade milita em sentido contrário a ela. A ausência de previsão para a cobrança dessa taxa só faz com que a injustiça da permanência dos devedores no imóvel seja maior: o bem não se encontra mais em sua propriedade; o fundamento de sua posse desapareceu; e ainda assim, caso mantidas as conclusões da medida liminar anteriormente deferida, eles poderão permanecer, a título gratuito, residindo no imóvel.

À questão levantada pelos recorrentes, acerca de que destino deve ser dado ao imóvel entre o prazo da consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciante, e a data dos leilões judiciais, a resposta é simples: deve ser dado ao imóvel sua

natural destinação econômica. A permanência daquele que promoveu esbulho do bem no imóvel não atende a essa destinação.

Forte nessas razões, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0159820-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.155.716/ DF**

Números Origem: 20090020040794 20090110210720

PAUTA: 13/03/2012 JULGADO: 13/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ FERNANDO GARCIA COTTA E OUTRO

ADVOGADO : HEBERT DA SILVA TAVARES E OUTRO(S)

RECORRIDO : VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A

ADVOGADO : ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA SOARES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Alienação Fiduciária

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA SOARES, pela parte RECORRIDA: VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Registro: 2011.0000145520

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9186261-76.2007.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANTONIO GALVÃO NOGUEIRA e KELLY CRISTINA ALMEIDA NOGUEIRA sendo apelado BRASILIAN SECURITIES COMPANHIA DE SECURITIZAÇÃO.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram a preliminar de cerceamento de defesa e negaram provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VANDERCI ÁLVARES (Presidente) e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 17 de agosto de 2011.

Ricardo Pessoa de Mello Belli

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 9186261-76.2007.8.26.0000 2

25ª Câmara

Apelação com revisão nº: 9186261-76.2007.8.26.0000

Comarca: CAPITAL 12ª Vara Cível Central

Apelantes: ANTONIO GALVÃO NOGUEIRA e KELLY CRISTINA ALMEIDA NOGUEIRA

Apelada: BRASILIAN SECURITIES COMPANHIA DE SECURITIZAÇÃO

MM. Juiz de primeiro grau: Alexandre Augusto P. M. Marcondes

Voto nº 11.199

Apelação Alienação fiduciária Bem imóvel Ação de reintegração de posse

Sentença de acolhimento do pedido – Preliminar de cerceamento de defesa sem a menor consistência, uma vez que o litígio versa sobre tema exclusivamente de direito Irresignação igualmente improcedente quanto ao mais Requisitos da Lei 9.514/97 considerados cumpridos Diploma em questão expresse ao prever a ação de reintegração de posse como instrumento destinado à célere recuperação da garantia, sem exigir posse antecedente do autor da demanda Processo em que inadmissível é a discussão sobre aspectos intrínsecos do contrato, sobretudo cláusulas financeiras Discussão

essa, ademais, travada pelos réus da demanda em exame mediante outras ações, julgadas improcedentes De todo despropositado, outrossim, pretender condicionar a entrega da posse à restituição de valores a que o devedor fiduciante entende fazer jus, a pretexto do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor Hipótese encontrando disciplina própria no art. 27 da Lei 9.514/97 Norma essa se sobrepondo, pelo princípio da especificidade, ao dispositivo consumerista

Precedentes.

É preciso ter em mente que o mecanismo instituído pela Lei 9.514/97 representava a única forma verdadeiramente capaz de fomentar o mercado imobiliário, justamente em prestígio do direito constitucional à moradia da mesma maneira que tal mecanismo representou importantíssima ferramenta para a instalação e incremento da indústria automobilística no Brasil, como ainda o é. Sendo assim, sob pena de afronta ao claríssimo propósito desse novo sistema normativo, não há como admitir que se instale no processo de ações como a aqui tratada, de caráter executivo, voltadas que são à célere recuperação da garantia, discussões sobre aspectos intrínsecos do contrato, notadamente de suas cláusulas financeiras. Do contrário, inutilizado estaria esse novo instrumento de estímulo à concessão do crédito voltado ao implemento da política habitacional, da mesma forma do que lamentavelmente ocorreu no pretérito sistema das execuções hipotecárias, essas cujo efetivo desfecho se conseguia arrastar por décadas, a pretexto de discussões como a que aqui se pretendeu agitar. Nessa ordem de ideias, interessa para ações possessórias tais a mora aparente, esta indiscutível no caso dos autos; a eventual ilicitude intrínseca do contrato há de ser solucionada no campo das perdas e danos.

Preliminar de cerceamento de defesa afastada; apelação desprovida.

1. Trata-se de ação de reintegração de posse proposta por BRASILIAN SECURITIES COMPANHIA DE SECURITIZAÇÃO em face de ANTONIO GALVÃO NOGUEIRA e KELLY CRISTINA ALMEIDA NOGUEIRA.

Diz a autora ser titular de direitos creditórios decorrentes de instrumento particular de compra e venda de imóvel, garantido por alienação fiduciária. Inadimplentes os réus/fiduciantes, foram eles intimados extrajudicialmente a purgar a mora, mas deixaram transcorrer “in albis” o prazo a tanto concedido. Assim, foram realizados dois leilões para a alienação do imóvel, não tendo havido licitantes, razão Apelação

nº 9186261-76.2007.8.26.0000 4 pela qual a propriedade do referido imóvel consolidou-se em mãos da autora. Donde a demanda.

Mediante reconvenção, objetivam os réus a manutenção da posse no imóvel até que a autora/reconvinda devolva as parcelas do preço pagas antes da ocupação do imóvel (R\$ 71.733,22) e pague indenização por benfeitorias realizadas, no valor de R\$ 15.000,00, totalizando a quantia de R\$ 86.733,22 (fls. 173/176).

A r. sentença julgou procedente a ação primeira e extinta sem resolução do mérito a reconvenção, por falta de interesse de agir, dado o caráter dúplice da ação possessória. Outrossim, considerou protelatórios os embargos de declaração, condenando os réus ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa (fls. 391/398 e 430).

Apelam os vencidos, suscitando preliminar de cerceamento de defesa, ao argumento de que pleitearam a produção de provas oral e pericial, mas a petição somente foi juntada aos autos após a prolação da sentença. Pretendiam os apelantes demonstrar, com a prova oral, a majoração do preço do imóvel e que a entrega das chaves foi condicionada à assinatura do contrato de alienação fiduciária, e com a prova pericial, o valor das benfeitorias introduzidas no imóvel e o valor real desse mesmo bem. Quanto ao mais, argumentam o que segue, em síntese: (a) a ação foi julgada separadamente da ação revisional; (b) os apelantes pagaram 64 prestações do preço do imóvel e foram coagidos a assinar o contrato de alienação fiduciária, sem o qual não poderiam receber as chaves; (c) os valores pagos pelos apelantes, totalizando R\$ 91.012,65, superam o preço pelo qual o imóvel foi alienado; (d) o imóvel foi adquirido nos moldes de uma cooperativa simples, com correção anual, tendo a apelada majorado os juros, por decisão unilateral; (e) aplicáveis à espécie os arts. 51 e 53 do CDC, que consideram nulas as cláusulas que estabelecem a perda das prestações pagas em benefício do credor (fls. 452/459).

2. Recurso tempestivo (fls. 441 e 452) e respondido (fls. 487/499).

Não há preparo, por serem os apelantes beneficiários da gratuidade da justiça (fl. 397).

É o relatório, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

3. Não houve o alegado cerceamento de defesa, uma vez que o litígio apenas envolve matéria de direito. Com efeito, os fatos que os apelantes pretendiam demonstrar em nada interfeririam na resolução da questão, como se verá adiante. Daí que não se justificava a instauração da fase instrutória, cabendo lembrar a

respeito que o juiz tem o poder-dever de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 130).

4. Existisse relação de conexão entre esta demanda as ações de consignação em pagamento e declaratória c.c.indenização propostas pelos apelantes, não mais haveria motivos para a reunião dos processos. Isso porque, como bem anotado em primeiro grau, o julgamento daquelas demandas aliás, com resultado desfavorável aos apelantes fez desaparecer a razão que determinaria a pretendida reunião dos processos, sabido que a finalidade da reunião de processos por conexão ou continência é a de evitar decisões contraditórias. Se uma das ações já está julgada, ainda que por sentença pendente de recurso, eliminado se mostra o motivo que determinaria a reunião (RSTJ 131/379, RT 490/209, 499/197, etc).

5. No que concerne à questão de fundo, não assiste razão aos apelantes, tampouco.

(a) A hipótese dos autos se submete a regramento específico, constante do art. 30 da Lei 9.514/97, a seguir transcrito:

“Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que trata os §§ 1º e 2º do art. 27, a reintegração de posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome”. Em face dos claríssimos termos da lei, não há que se perquirir sobre a presença ou não dos requisitos dos arts. 273 e 926 do CPC, impertinentes na situação dos autos. Daí que não há o menor significado em torno da alegação segundo a qual a autora/apelada jamais teve a posse do imóvel. (b) Quanto às supostas máculas da contratação, é de se supor tenham sido elas discutidas nas demandas sobreditas, já repelidas. Quando assim não fosse, seria preciso ter em mente que o mecanismo instituído pela Lei 9.514/97 representava a única forma verdadeiramente capaz de fomentar o mercado imobiliário, justamente em prestígio do direito constitucional à moradia da mesma maneira que tal mecanismo representou importantíssima ferramenta para a instalação e incremento da indústria automobilística no Brasil, como ainda o é. Sendo assim, sob pena de afronta ao claríssimo propósito desse novo sistema normativo, não há como admitir que se instale no processo de ações como a aqui tratada, de caráter executivo, voltadas que são à célere recuperação da garantia, discussões sobre aspectos intrínsecos do contrato, notadamente de suas cláusulas financeiras. Do contrário, inutilizado estaria esse novo instrumento de estímulo à

concessão do crédito voltado ao implemento da política habitacional, da mesma forma do que lamentavelmente ocorreu no pretérito sistema das execuções hipotecárias, essas cujo efetivo desfecho se conseguia arrastar por décadas, a pretexto de discussões como a que aqui se pretendeu agitar. Nessa ordem de ideias, interessa para ações possessórias tais a mora aparente, esta indiscutível no caso dos autos; a eventual ilicitude intrínseca do contrato há de ser solucionada no campo das perdas e danos. (c) Os mesmos fundamentos servem para descartar o pretendido condicionamento da entrega da posse à restituição de valores ao devedor fiduciante, a pretexto de disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor. Bem é de ver que a citada Lei 9.514/97 estabelece mecanismo próprio para a eventual restituição de valores ao devedor, que se sobrepõe, pelo princípio da especificidade, à disciplina consumerista. Nesse sentido, os irresponsáveis argumentos expostos no julgado proferido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no agravo regimental do agravo de instrumento nº 932750/SP, relator o

Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (j. 10.12.07), a seguir transcritos:

"... 3. Em verdade, a situação fática dos autos discrepa daquela em que firmado o entendimento desta Corte Superior, conforme julgados colacionados; trata-se, in casu, de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e não de simples promessa de compra e venda. É certo que o regramento específico da matéria (Lei nº 9.514/1997) passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro sob intensa crítica doutrinária, capitaneada, em parte, por Cláudia Lima Marques, a partir de uma leitura comparativa da novel legislação com o Código de Defesa do Consumidor:

"Incluídos no campo de aplicação do CDC estão também os contratos concluídos no novo sistema financeira imobiliário, criado pela Lei 9.514, de 20.11.1997, que institui uma alienação fiduciária de bem imóvel. Para o consumidor, parece-me, salvo melhor juízo, altamente prejudicial a criação desta nova base de direito real (propriedade fiduciária de imóvel), pois a possibilidade de alienação fiduciária da 'sonhada casa própria' beneficia desnecessariamente o fornecedor-credor, ao evitar o atual trâmite judicial exigido para hipotecas. No novo sistema, o fiduciante, isto é, os fornecedores indiretos (banco e outros financiadores da construção) ou fornecedores diretos (construtores, banco e financiadores diretos do negócio com o consumidor), como o credor fiduciário imobiliário, pode beneficiar-se do rápido e eficaz processo típico da alienação fiduciária, que permite a retomada do bem imóvel, com despejo do consumidor e sua família, se o devedor estiver constituído

em mora, e posterior venda em leilão" (in Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, página 445). Nada obstante a postura combativa, reconhece, todavia, a autora a prevalência da normação especial posterior, sobre as regras da Lei Consumerista, quando incompatíveis entre si, resultando, pois, no afastamento dessas regras gerais e incidência da legislação de regência específica do negócio jurídico:

"(...) Se os casos de incompatibilidade são poucos, há neles, porém, clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia. Somente o critério hierárquico pode 'proteger' o texto 'geral' anterior incompatível. Assim, o CDC, como lei geral de proteção dos consumidores, poderia ser afastado para a aplicação de uma lei nova especial para aquele contrato ou relação contratual, como se dá no caso da lei sobre seguro-saúde, se houver incompatibilidade de preceitos. O exame da incompatibilidade deve ser, portanto, o ponto central da análise. Sendo assim, quanto mais específica for a norma do CDC e mais específica for a norma 'contrária' da lei nova, maior a probabilidade de incompatibilidade, e, então, é de ser afastada a aplicação do CDC para aplicar-se a lei nova" (idem, páginas 632/633).

4. Tratando, especificamente, da alienação fiduciária de bens imóveis, tal como regradada pela Lei nº 9.514/97, Melhim Namen Chalhub opina, igualmente, pela sua prevalência sobre o regramento contido no Código de Defesa do Consumidor, naquilo que diz respeito às consequências do inadimplemento do devedor, sustentando, inclusive, a inexistência de compatibilidade material entre as normas em referência:

"(...) Considerando, assim, o conteúdo e a finalidade das normas em questão, cotejando-se as disposições do art. 27 da Lei nº 9.514/97 com as do art. 53 do CDC, pode-se concluir pela inaplicabilidade deste último à alienação fiduciária de imóveis, porque o regime especial dessa garantia já contempla a tutela do devedor, e o faz de maneira específica, com rigorosa adequação à estrutura e função dessa garantia e do contrato de mútuo, pelo qual o devedor deve restituir integralmente a quantia tomada por empréstimo, enquanto o art. 53 do CDC apenas enuncia um princípio geral ao qual o art. 27 da Lei nº 9.514/97 se adequa perfeitamente" (in Negócio Fiduciário. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, página 335).

Observa-se, por conseguinte, que a solução da controvérsia, seja ela buscada no âmbito do conflito de normas, seja pela ótica da inexistência de conflitos entre os

dispositivos normativos em questão, leva à prevalência da norma específica de regência da alienação fiduciária de bens imóveis, concluindo-se, por conseguinte, pelo descabimento da pretensão de restituição das prestações adimplidas, por força dos §§4º, 5º e 6º, do art. 27, da Lei nº 9.514/97, verbis:

"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. (...) § 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".

Nesse mesmo sentido, REsp 958.648-SP, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJ. 1º.12.10; REsp 906.570-SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ. 6.12.07 e REsp 166.753-SP, Rel. Min. CASTRO FILHO, DJ.23.5.05, entre outros.

Logo, a eventual restituição de valores aos apelantes deve observar a específica disciplina do art. 27, da Lei nº 9.514/97, certo ainda que a também eventual dissensão quanto à aplicação do mecanismo estabelecido naquele dispositivo há de ser discutida e solucionada por ação própria.

Meu voto, portanto, **afasta a** preliminar de cerceamento de defesa e **nega provimento** à apelação.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLÍ

Relator