

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL E O DIREITO À MORADIA

Marcelo Dadalt
Defensor Público

Mestre em Direito Público pela Unisinos. Professor do IPA.

Sandra Regina Bandeira Da Silva Rodrigues
Bacharel em Direito

Resumo: O direito à moradia está disciplinado na Constituição Federal de 1988 como um direito e garantia fundamental, porém, o acesso a esse direito é um dos maiores problemas sociais no Brasil, em especial, aos consumidores de baixa renda. A alienação fiduciária de bem imóvel, modalidade de garantia, pode ser um instrumento de estímulo ao segmento da construção civil. Assim, procura-se observar as origens e natureza do instituto e a evolução até os dias atuais, abordando o perfil dogmático, a sua natureza jurídica, a distinção para com outras formas de garantia. Ao final analisa-se o contrato de financiamento e a cessão de direitos, bem como os procedimentos de reversão e consolidação da propriedade fiduciária em nome do devedor ou do credor, mediante o cumprimento ou descumprimento das cláusulas contratuais e, inclusive, com a necessária observância do direito ao contraditório e a necessária incidência do CDC.

Palavras-chave: Direito à moradia, função social da propriedade, direito privado, direito de propriedade.

Sumário: 1. Introdução: Justificativa e Objetivos. 2. O Negócio Fiduciário. 3. Perfil dogmático da Alienação Fiduciária. 4. Extinção do contrato. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO: JUSTIFICATIVA E OBJETIVOS

O instituto jurídico que trata da alienação fiduciária de bem imóvel pode não ser novidade no direito positivo brasileiro, uma vez que vige desde 1997, mas ainda suscita muito estranhamento, dúvidas e controvérsias, razão pela qual merece ser estudado.

O tema possui analogia com outros tipos de contratações que também caracterizam negócios jurídicos de garantia, mas, com significativas diferenças, destacadas desde a contratação até a reversão ou a consolidação da propriedade.

O presente trabalho limita-se a examinar o instituto da alienação fiduciária de imóveis sem pretensões de esgotar a matéria. Para tanto, buscar-se-á abordar aspectos mais pragmáticos do tema. Nesse passo, a alienação de bem imóvel possui características próprias e veio como forma de estabelecer um novo modelo de contratação de financiamento habitacional, objetivando o desenvolvimento econômico do país e proporcionando condições mais acessíveis para o acesso da população à moradia.

2. O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

O negócio fiduciário surgiu naturalmente entre os povos antigos, de uma forma indefinida, inspirado em esboços contratuais bem vagos, até chegar aos tempos atuais, ainda que explorado insuficientemente pela doutrina.

Em entendimento não unânime entre doutrinadores sobre a origem histórica do instituto da alienação fiduciária ou do negócio jurídico fiduciário, estes afirmam a influência originária no direito romano. Segundo DINIZ (2008) “o negócio fiduciário já era conhecido no direito romano, como um contrato de confiança e não de garantia em que o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias aleatórias como risco de guerra, viagem, perdas em razão de acontecimentos políticos”.

Nessa esteira, o entendimento dado ao “contrato de confiança”, enfatiza uma possibilidade de devolução da coisa confiada, mas como uma obrigação natural.

O negócio fiduciário foi inspirado na fidúcia do direito romano, como forma de viabilizar a transmissão da propriedade, como meio de proteção do crédito. Para Junqueira de Mello (1998) funcionava como “garantia de um crédito pelo qual o devedor transferia a propriedade da coisa ao credor, em garantia do pagamento de uma dívida, ficando este, solvida a dívida, no dever de devolver o bem”.

No direito romano o instituto da alienação fiduciária era conhecido sob a figura da *fiducia cum amico*, situação em que o fiduciante transferia a propriedade de seus bens a um amigo sob a condição de restituí-los. Não se tratava de um contrato de garantia, e sim, de confiança, pois a transferência dos bens era uma forma de evitar a perda dos mesmos, em razão dos compromissos passageiros assumidos pelo fiduciante, como guerras, viagens, ou até mesmo por acontecimentos políticos. A outra figura era da *fiducia cum creditore*, cuja mesma se assemelha ao instituto atual, pois se tratava de um pacto onde o devedor transferia a propriedade do bem, sob a forma de contrato, com prazos e condições ajustáveis em pagamento de determinada dívida. Logo, este era um contrato de garantia, pois ocorria a transferência dos bens para o credor (MARTINEZ, 2006).

Essas duas espécies apresentavam diversidade, em razão da obrigação do adquirente em restituir os bens ser uma obrigação pessoal, que era exercitada quando comprovado o pagamento do débito, ou após a cessação das situações passageiras.

Estas modalidades de garantias foram eliminadas no século VI, do *Corpus Juris Civilis* e não foram infiltradas no Código Francês, de 1804, nem no Código Civil Alemão - BGB de 1896 - em face da dificuldade na justificativa do instituto da alienação fiduciária (WIEACKER, 2004).

O negócio fiduciário em moldes passados, entretando, era uma forma de negociação fundada na confiança, já que a devolução da coisa não decorria da lei, mas sim da boa-fé existente entre os contratantes. Observa-se que a evolução da fidúcia, até chegar ao instituto da alienação fiduciária, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, agregou outros elementos, pois não existiam mecanismos de transmissão da propriedade em caráter temporário ou condicional. Essa evolução permitiu e, talvez ainda permitirá, o incremento de novas modalidades de negócios fiduciários, como a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis trazida pela Lei 9.514/97.

Observa Pontes de Miranda (1954) que o negócio jurídico fiduciário, no sentido pós-romano é “bilateral, oneroso ou gratuito, principal ou acessório, solene ou não-solene”. Pelo negócio fiduciário *bilateral* situação em que se encerrar a constituição de direitos e obrigações

para ambas as partes; *oneroso*, quando o fiduciante transmitir a propriedade visando uma contraprestação que se impuser ao fiduciário, ou se este tiver o direito de obter uma prestação do fiduciante; *gratuito*, se o fiduciante transmitir a propriedade independente de qualquer contraprestação ou se o fiduciário a receber independente de contraprestação do fiduciante; *principal*, quando o negócio fiduciário visa à administração patrimonial; *acessória*, quando a transmissão da propriedade se efetiva para fins de garantia, como nos contratos de empréstimo em geral, em que este é o principal. O negócio fiduciário também pode ser *solene*, quando se exige para a transmissão da coisa a forma prescrita em lei observando as formalidades como, por exemplo, o assentamento do ato no Registro competente, ou ainda, o negócio fiduciário *não-solene* quando a transmissão da coisa ocorre pela tradição.

Do ponto de vista econômico, a Lei 9.514/97 vem estruturar um novo sistema de financiamento com garantia do mercado imobiliário e do mercado investidor, além de alterar o sistema de garantias reais imobiliárias do direito brasileiro, a ele acrescentando a propriedade fiduciária sobre bens imóveis e o aperfeiçoamento do sistema de securitização de créditos imobiliários.

Recentemente, foi aprovada a Medida Provisória nº 459 de 25 de março de 2009, posteriormente convertida na Lei n.º 11.977 de 07 de junho de 2009 que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida e cria o Fundo Garantidor da Habitação Popular direcionado a financiamento de imóvel adquirido por mutuários com renda familiar de até dez salários mínimos, além de garantir outros benefícios como a quitação de prestações diante do desemprego, ou pela redução temporária da capacidade de pagamento, morte ou invalidez permanente. Há outras regulamentações de incentivo ao Programa, relacionadas à livre contratação do seguro do imóvel, isenções e descontos dos emolumentos cartorários.

3. PERFIL DOGMÁTICO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A alienação fiduciária em garantia é negócio jurídico baseado na transmissão temporária da propriedade, seguindo o estabelecido na

relação obrigacional entre as partes. Para a formação do negócio jurídico, destacam-se dois vínculos: a transmissão da propriedade e o retorno desta ao patrimônio do transmitente.

Como salienta Orlando Gomes (Gomes, 1971), para os sistemas jurídicos que não aceitam a fragmentação da propriedade admitida no direito anglo-saxônico, nem a transmissão abstrata do direito alemão, essa questão tem sido problemática e, mesmo nas legislações fiéis ao conceito de propriedade, ainda é discutida a possibilidade de assumir compromissos fiduciários. Os escritores que a admitem demonstram diferenças nas perspectivas de negócio abstrato de transmissão e a noção de propriedade resolúvel, sendo importante definir o negócio fiduciário e o negócio simulado, visto que o raciocínio leva ao entendimento de que se alguém aliena para garantir, realiza negócio aparente e oculta o verdadeiro, pois, de comum acordo com o adquirente, não ocorre a real transferência da propriedade do bem, mas sim, assegura-se o pagamento da dívida.

Não é negócio simulado, porque existe a intenção real de transmitir o direito de propriedade para garantir o crédito. Da mesma forma, é realizado com o propósito de alienar para garantir, com finalidade lícita. Distintos, por isso, o negócio fiduciário e o negócio simulado.

No direito alemão, o acordo entre o alienante e o adquirente para transmissão da propriedade é negócio abstrato. A causa está abstraída, dispensada, porque não se considera o fim da atribuição patrimonial. O negócio jurídico subjacente não influi na validade, pois os meios viabilizam os princípios do negócio da alienação fiduciária, mesmo que enfraquecendo a posição do fiduciante, que deve restituir ao fiduciário pelo cumprimento da obrigação assumida, sob pena de perdas e danos. Portanto, fica aparente que o traço característico da fidúcia está focado na confiança que deve ser cumprida.

Nos sistemas jurídicos que desconhecem o negócio abstrato de transmissão é mais difícil explicar a alienação fiduciária, em razão da transferência fiduciária da propriedade exigir justificativa de causa.

O contrato de compra e venda precisa ser válido e eficaz e, para tanto, é importante a causa final, coerente com o fim típico do negócio translativo. A intenção de quem aliena por venda é transferir a propriedade do bem, em troca do recebimento do preço. O fim normal é a

transferência incondicionada da propriedade da coisa vendida. Quando alguém vende para outro fim, a causa da transferência é inadequada e não justifica o negócio jurídico mais amplo.

Nosso direito, que é leal à tradição romana, o negócio translativo constitui-se pela relação jurídica obrigacional. Aqui, o vendedor não transfere, mas obriga-se a transferir a coisa. A transmissão da propriedade se efetiva com a tradição, ou a transcrição, mas este modo não requer novo acordo de vontades, visto que o próprio comprador leva a registro a escritura adquirindo o domínio do imóvel. No registro há participação do vendedor, pois a validade da aquisição depende da validade do contrato. Portanto, a alienação é a causa.

Como bem enfatiza Pontes de Miranda (1970), “Tudo é irradiação para o futuro. Daí o risco fica com o outorgante, que tem consigo a coisa, até que se dê a condição. Ainda nos legados, a devolução é somente ao cumprir-se a condição. Tratando-se de ato de disposição, sob condição suspensiva, o direito só pertence ao outorgante até que se realize a condição”.

O fiduciário é proprietário sob condição e o fiduciante seria conservador de uma expectativa de direito real à recuperação da propriedade. A situação é prevista em nosso Código Civil, a exemplo, a retrovenda.

Nesta questão, vale lembrar que a condição é inerente ao próprio direito, pois é uma situação transitória e não pode ser confundida com a temporariedade técnica, já que a condição resolúvel opera com efeitos *ex tunc*. Extingue para o fiduciário, a propriedade e a constitui, pela reversão, ao fiduciante.

Avançando mais no tema, é importante destacar a diferenciação entre a hipoteca e a alienação fiduciária. A hipoteca é direito real de garantia do credor e tem por finalidade garantir o pagamento de uma dívida, mesmo estando o bem imóvel na propriedade e posse do devedor. Assegura ao credor o pagamento de uma dívida. Neste aspecto, diz Orlando Gomes (2006) “para o credor é direito provido de seqüela e preferência. Para o devedor, ônus real.

Na hipoteca o comprador torna-se mutuário e é mantido como proprietário do bem imóvel no Cartório do Registro Imobiliário, tendo o Agente Financeiro a garantia da hipoteca, que poderá ser executada caso ocorra impontualidade.

A hipoteca deriva de direito real limitado sobre propriedade alheia. Por sua vez, a propriedade fiduciária é direito próprio do credor, sujeito a uma condição resolutiva.

Os financiamentos para compra de bens imóveis feitos no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH prevalece à hipoteca, cuja modalidade de garantia foi muito utilizada no passado, e ainda hoje é nas contratações de concessão de financiamento habitacional por instituições integrantes do SFH. É a mais famosa linha de crédito para financiamento de imóveis no Brasil e, conforme citado anteriormente, o SFH foi criado em 1964 para suprir o déficit da casa própria. O instituto encontra-se em pleno vigor, mesmo tendo atravessado problemas nos ajustes de premissas e consequentes descompassos nos últimos tempos, o que levou às partes postularem em juízo, por razões de reajustes contratuais impagáveis.

Na compra do bem imóvel, mediante contratação no âmbito do SFH, onde impera a hipoteca, é permitido ao mutuário utilizar seu saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS para dar entrada, amortizar, pagar parte das prestações ou quitar o saldo devedor. Além disso, as taxas de juros são de, no máximo, 12% ao ano, sendo que o financiamento não pode ultrapassar 80% do valor total do bem, recomendável também, que a prestação não ultrapasse 30% da renda familiar. Outra questão importante é que, ao financiar um imóvel, o mutuário adquire, compulsoriamente, um seguro habitacional, cujo valor vem embutido no encargo mensal do financiamento. Como a aquisição é parte daquilo que determina as regras do SFH, o mutuário não tem opção entre querer ou não pagar o seguro.

O mutuário tem, contudo, a propriedade do imóvel hipotecado ao banco que concedeu o financiamento até o final do contrato. Ou seja, mesmo com o imóvel integrado ao patrimônio do mutuário, o próprio bem é a garantia do agente financeiro de que o contrato será cumprido até a quitação. Isso ocorre porque o imóvel funciona como a garantia física do agente financiador. Assim, o mutuário só terá a sua dívida inteiramente liquidada quando não houver mais saldo devedor ou outras pendências. Já ao tratar da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a Lei 9.514/97 adotou a concepção básica da alienação fiduciária em garantia de coisa móvel, nos termos do art. 66

da Lei 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-Lei 911/69. Para os imóveis, é um novo tipo de garantia, tratando-se de uma modalidade de financiamento mais recente, inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1997, que permite uma maior segurança ao credor e na celeridade da execução do seu crédito. Proporciona, também, um estímulo ao crédito imobiliário de uma forma mais incentivadora aos empreendimentos da construção civil, com intenções bem definidas de solucionar a questão da falta de moradia, com mais ofertas de financiamentos habitacionais.

Em se tratando de Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, concretizado com a edição da Lei 9.514/97, é possível a compra de vários imóveis, sejam residenciais ou comerciais, por uma mesma pessoa, sendo que o financiamento usa recursos dos bancos, com taxas de juros que seguem as tendências do mercado. Assim, no SFI é previsto a alienação fiduciária do imóvel e não a hipoteca. Isso significa que, enquanto não está quitado, o imóvel é propriedade do banco e o mutuário apenas tem a posse e o direito de uso do mesmo, sendo que a propriedade plena só ocorrerá após a quitação de todo o débito.

Além disso, nesta modalidade só é permitida a utilização do FGTS para dar entrada no valor do imóvel. As taxas de juros, os planos de reajuste das prestações, os prazos e valores dos financiamentos são livremente pactuados entre as partes. A única obrigatoriedade é que haja cobertura securitária para os riscos de morte e invalidez permanente dos adquirentes e danos físicos do imóvel (SILVA, 2007).

Melhim Namen Chalhub (2009) refere-se ao instituto como sendo a transferência de propriedade em caráter provisório, até o cumprimento da dívida, sem a intenção do credor adquirir a propriedade, mas apenas garantir-se do cumprimento do mútuo.

A Lei 9.514/97, artigo 17, IV, confere à propriedade imobiliária fiduciária o *status* de direito real, muito semelhante às demais garantias reais imobiliárias presentes em nosso ordenamento jurídico, quais sejam, o penhor, a hipoteca e a anticrese. Portanto, gerada a garantia pelo negócio fiduciário, esta possui natureza real e goza de direito de seqüela e de eficácia *erga omnes*.

O contrato de alienação fiduciária apresenta dois negócios jurídicos vinculados, mas de naturezas distintas, visto que o imóvel será

alienado apenas para garantir, sem ocorrer à transmissão plena e definitiva, que é a plena propriedade do bem. Evidente, assim, que essas garantias tornam os negócios imobiliários plenamente seguros ou independentes. Nesse sentido, observa Melhim Namem Chalhub (2009) que o negócio fiduciário “não tem vida própria, seguindo sempre a sorte do contrato principal, que é aquele pelo qual se constitui o crédito”.

Sabe-se que a propriedade avoca uma amplitude entre todos os direitos reais, constituído pelas possibilidades de fruir, usar, gozar e dispor da coisa. Nota-se, então, que a propriedade proporciona ao proprietário um direito incondicional sobre a coisa, observada, contudo a sua função social, que a aproxima do direito obrigacional.

Na alienação fiduciária de imóvel, que é representada por um contrato, os direitos do proprietário são limitados. O contrato objetiva a transferência da propriedade de coisa imóvel ao credor fiduciário, com o fim de garantia da adimplência do crédito, conforme determina o art. 22 da Lei 9.514/97, que nada mais é do que assegurar o cumprimento da obrigação principal. Todavia, o uso, gozo e fruição do bem ficam com o fiduciante.

Para Melhim Namem Chalhub (2009) é “direito de re aquisição da propriedade” e identifica o devedor-fiduciante como sendo o titular de um direito real decorrente da própria configuração da propriedade resolúvel e da natureza real do direito expectativo. É importante sublinhar que também é dotado de benefícios e proteção contra terceiros, inclusive, contra o próprio credor-fiduciário, em razão de o seu titular possuir legitimidade para promover as ações reais contra quem violar seu direito. Encontra-se na posse direta do bem imóvel, com o dever de conservar a coisa dada em garantia, inclusive com o exercício das ações possessórias.

Realizado o contrato de alienação fiduciária, a constituição do direito real depende do registro do contrato no Registro Imobiliário correspondente à localidade do imóvel dado em garantia, em conformidade com o disposto no artigo 23 da Lei 9.514/97 no artigo 1.245 do Código Civil. Nessa linha, o registro não só traz a publicidade do negócio jurídico, mas é requisito essencial para a sua validade e eficácia perante terceiros. Enquanto não registrado, trata-se apenas de direito obrigacional.

Conforme explica Maria Helena Diniz (2004), “o registro terá, portanto, eficácia constitutiva e não meramente declaratória”.

Faz-se necessário mencionar sobre a validade do contrato, pois, sendo ele nulo, a alienação fiduciária também será; se anulável, ela será válida até a anulação daquele. Extinta a dívida, a mesma sorte terá a alienação fiduciária da propriedade do credor.

A propriedade do fiduciário é resolúvel e extingue-se com o pagamento do débito, com efeito *ex tunc*. A figura vem definida no Código Civil em seu art. 1.359, pelo implemento da condição (evento futuro e incerto).

A resolubilidade constituída sob a propriedade decorre do adimplemento da obrigação principal e esta é a verdadeira garantia, com característica de incerteza do fato que a constitui, uma vez que pode o devedor fiduciante não conseguir cumprir com o compromisso assumido de quitação do débito. Orlando Gomes (2006) define o que “o titular do direito de propriedade resolúvel é um proprietário sem certeza do destino final da propriedade, mas é um proprietário. Se a condição se verifica, perde a propriedade, mas se falha, consolida-se em definitivo”.

Além disso, em se tratando de alienação fiduciária de bens imóveis, as partes envolvidas na relação são três sujeitos, para duas relações jurídicas distintas. Uma delas se dá entre o vendedor e o comprador, e a outra, entre o comprador e a instituição financeira, figurando como o agente fiduciário. Neste caso, o vendedor recebe o preço à vista do comprador, que transfere a propriedade do bem imóvel ao agente fiduciário, que foi quem pagou o preço, como garantia de um financiamento.

No que tange à posse, o negócio jurídico propicia o desdobramento, posse direta ao devedor-fiduciante – comprador e proprietário sob condição suspensiva -, e indireta para o credor-fiduciário - vendedor ou agente financeiro – proprietário sob condição resolutiva.

Adimplente com sua obrigação contratual, o fiduciante está capacitado a exercer todos os direitos de legítimo possuidor do imóvel. Estará obrigado pela conservação do mesmo e obedecer rigorosamente os pagamentos de tributos, taxas e eventuais encargos inerentes à propriedade.

Conforme Junqueira (2003) a lei preocupou-se em manter a posse do imóvel nas mãos do fiduciante, para que ele se utilize de imediato, de forma precípua para sua moradia, diferenciando-o do mero detentor. Há livre disponibilidade dessa posse com poder de uso e fruição explorando seu potencial econômico. Tal é a capacidade do possuidor direto da coisa, que o Código Civil garante em seu artigo 1.197 que o possuidor direto pode defender sua posse inclusive contra o possuidor indireto, o credor fiduciário.

Observa Cândido Rangel Dinamarco (2001) a distinção com relação à regulação da alienação fiduciária de bens móveis, dada pela Lei 4.728/65, que impede que o credor fique com a posse da coisa alienada em garantia.

Por outro lado, o desdobramento da posse no sistema de alienação fiduciária equipara, de um lado, o devedor fiduciante, que transmite o domínio para garantia de um crédito e, de outro lado, a posse da coisa dada em garantia que permanece com o devedor. Este último, dela usufrui enquanto adimplente.

A alienação fiduciária de coisa móvel foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 4.728/65 e com o Decreto-Lei 911/69 restringindo sua aplicação às operações das instituições integrantes do mercado de capitais ou para outras que a lei viesse a indicar. Diferentemente, na alienação fiduciária de bens imóveis, que foi disciplinada pela Lei 9.514/97, atribuiu-se legitimidade para contratação a qualquer pessoa física ou jurídica, sem restrição às entidades que operam no sistema imobiliário.

Em ambas, a constituição do instituto da alienação exige a forma escrita. No entanto, a alienação fiduciária de coisa móvel pode ser realizada por instrumento público ou particular, ou mesmo por meio de cédula industrial ou comercial devendo o contrato ser registrado no Cartório do Registro de Títulos e Documentos. Isso constitui a propriedade resolúvel do bem em favor do fiduciário impossibilitando que o fiduciante aliene o bem a terceiros.

No caso de inadimplemento do fiduciante, o fiduciário poderá alienar o objeto da garantia independentemente de consolidação da propriedade, o que implicará na concentração da propriedade plena e exclusiva e no cancelamento da propriedade fiduciária. Antes dis-

so, ainda desprovido do poder de disponibilidade, deverá consolidar a propriedade resolúvel contratada, para então, vender o bem em leilão.

Por outro lado, considerando que o fiduciário possui o domínio resolúvel do bem imóvel, por ser direito real de propriedade, necessita realizar o recolhimento do Imposto de Transmissão de Bem Imóvel - ITBI, exigência necessária para o ato de registro da consolidação da propriedade.

As partes têm o direito de ceder o imóvel. Entende-se que o devedor-fiduciante está autorizado a transmitir os direitos que possui sobre o imóvel, pois não são direitos de crédito, mas direito de aquisição. O requisito indispensável é a prévia anuência do credor-fiduciário. Não haverá incidência de imposto de transmissão, pois não se trata de compra e venda de imóvel. O ato será registrado junto à matrícula. Com a comprovação da quitação do valor devido, a reversão ocorrerá para o cessionário.

O credor-fiduciário também poderá ceder a sua posição, sendo que esta deve ser averbada no Registro de Imóveis para validade contra terceiros e, também, perante o fiduciante. O fiduciário deve estar formalmente investido dos seus direitos para legitimar-se aos procedimentos de cobrança, a constituição do fiduciante em mora, a consolidação da propriedade em seu nome e a propositura da ação de reintegração de posse.

Outro ponto relevante nas duas modalidades de alienação fiduciária, talvez o mais importante a ser destacado, diz respeito aos poderes do fiduciário na hipótese de mora do fiduciante. Em princípio, o fiduciário é dotado de plenos poderes sobre o bem, inclusive podendo utilizar-se de medidas judiciais, como a busca e apreensão ou a alienação por iniciativa particular.

Uma questão relevante diz respeito ao objeto do contrato de alienação fiduciária, tratado na referida lei indicando que este deve ser coisa imóvel (art. 22). Compreende o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Melhim Namem Chalhub (2009) indica que "podem ser objeto de alienação fiduciária quaisquer bens imóveis, sejam terrenos, com ou sem acessões, o domínio útil de imóveis ou a propriedade superficiária, bem como o direito de uso especial para fins de moradia e o direito real de uso, desde que suscetível

de alienação, ressalvado que a propriedade fiduciária sobre o direito real de uso e sobre a propriedade superficiária tem duração limitada ao prazo da respectiva concessão”.

O imóvel pode ser do próprio devedor-fiduciante, como definido pela Súmula 28 do STJ. Todavia, no julgamento do Recurso Especial 866.300-BA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, em 15/10/2009, vetou-se a alienação de bem pertencente a terceiro, em razão da ausência de onerosidade.

Quanto à forma, a Lei 9.514/97 dispõe que os contratos podem ser formalizados por instrumento particular ou público salientando que a transmissão da propriedade se dará, somente, com o registro do contrato na respectiva matrícula imobiliária, como é característica dos bens imóveis.

Quanto aos demais requisitos, e cláusulas essenciais do contrato, destacam-se o valor principal da dívida, o prazo e condições de restituição do valor emprestado, taxa de juros e encargos acessórios, a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a devida descrição do imóvel objeto do contrato de alienação fiduciária.

Além disso, também deverá constar no contrato de financiamento de alienação fiduciária, o valor do imóvel e critérios de revisão deste, pois a Lei 9.514/97 assegura em seu artigo 27 que, em caso de inadimplemento da obrigação contratada, o bem imóvel poderá ser vendido em leilão público.

4. EXTINÇÃO DO CONTRATO

A propriedade fiduciária é constituída por meio de um contrato e é um direito acessório que tem duração enquanto existir a relação principal. Assim, em se tratando de garantia acessória a uma relação principal, existem duas formas de encerrar os efeitos do contrato, quais sejam, pelo adimplemento, que importará na extinção do crédito principal e a **reversão**, ou pelo inadimplemento e conseqüente **consolidação** da propriedade plena em favor do fiduciário, para venda do bem imóvel em público leilão.

Com o pagamento da dívida assumida caracteriza-se o implemento da condição suspensiva em favor do devedor-fiduciante. O

credor-fiduciário terá a obrigação de dar o termo de quitação dentro do prazo de trinta dias contados do pagamento da última parcela do financiamento. Assim, adimplida a obrigação, o devedor-fiduciante volta a ser o titular do domínio e passa a ter a posse direta de forma integral. Maria Helena Diniz (2008) sublinha que o “devedor fiduciante que pagar o valor total do bem, adquire a sua propriedade desde o momento do registro da alienação em favor do credor fiduciário, proprietário resolúvel, até a quitação integral do preço do bem”.

No caso, conforme alerta Marcelo Terra (1998) não haverá incidência do Imposto de Transmissão de Bem Imóvel – ITBI, de modo análogo ao retorno do domínio ao antigo proprietário por força da retrovenda, de retrocessão ou pacto de melhor comprador.

Em caso de mora do devedor-fiduciante, a Lei 9.514/97 determina que o credor poderá intimá-lo para purgação da mora protocolando a intimação junto ao Registro de Imóveis competente. Dará início ao procedimento de retomada do bem imóvel. A referida intimação será realizada pelo Oficial do Registro de Imóveis, sendo conferido prazo de quinze dias para a purgação da mora. Não ocorrendo o pagamento pelo devedor no prazo indicado, será averbada na matrícula do imóvel a consolidação da plena propriedade em nome do credor e estará extinto o contrato de financiamento.

O contrato de alienação fiduciária pode estabelecer prazo de carência de modo que se estenda prazo maior para o cumprimento da obrigação pelo devedor-fiduciante. Essa cláusula não é essencial ao contrato, pois isso é mera tolerância pelo atraso. É recomendável que o credor aguarde esse prazo, o que seria razoável a fim de que o devedor-fiduciante purgue a mora. Usualmente, opera-se em torno de 90 dias de atraso, ou seja, com três parcelas vencidas e não pagas. Posteriormente, sem qualquer providência do devedor, restaria comprovada a mora inequívoca.

Vale ressaltar que, no estudo realizado para confecção desse trabalho, observaram-se algumas instituições financeiras que, antes de protocolar a intimação no Registro de Imóveis, providenciam no envio de uma correspondência ao devedor fiduciário. Trata-se de uma espécie de aviso de cobrança, forma de cobrança administrativa da dívida por parte do credor. Poder-se-ia cogitar no exercício de ação de direito

material, como preconizado por Pontes de Miranda, cujo estudo escapa do alcance deste singelo trabalho.

O Oficial do Registro de Imóveis tem a faculdade de promover pessoalmente a intimação ou transferir essa diligência ao Oficial do Registro de Títulos e Documentos ou mesmo realizá-la através do Correio, mediante carta com aviso de recebimento. No entanto, a intimação deve ser feita pessoalmente, ao devedor ou ao seu representante legal. Em caso deste estar em lugar incerto e não sabido, a intimação deverá ser realizada pela via ficta, com a publicação de edital.

Assim, é importante que todas as formalidades referentes à constituição do devedor em mora devem ser perfeitamente observadas, sob pena de nulidade de procedimento que consolide a propriedade do imóvel nas mãos do credor fiduciário. A defesa do devedor-fiduciante para suspender liminarmente a realização de leilão público para alienação do imóvel pode ser articulada na nulidade da intimação pelo Registro de Imóveis. Por exemplo, deverá estar destacado no documento de intimação, o valor do débito e endereço para efetivação da diligência.

Conforme destaca Chalub (2009), a Lei 9.514/97 estabelece que a purgação da mora far-se-á perante o oficial do Registro de Imóveis competente, mediante o pagamento dos valores que lhe tiverem sido informados pelo credor por meio de demonstrativo onde deve constar o valor principal, juros e demais encargos contratuais. Neste demonstrativo deve constar, também, a posição futura do débito, em razão do tempo que decorrerá entre o requerimento de intimação e o prazo final para purgação da mora pelo devedor. Do contrário, haverá risco de efetivar-se pagamento com valor inferior ao devido. Além disso, o oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação deverá repassar ao credor fiduciário a importância recebida deduzindo as despesas cartorárias.

Em caso de não haver a purgada a mora, o oficial do Registro de Imóveis deve certificar o fato e promover averbação da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário na matrícula do imóvel. Destaca-se que este ato é um registro, conforme determina o art. 26, § 7º da Lei 9.514/97, apesar da semelhança com uma averbação, onde não haveria a necessidade de novo recolhimento do ITBI.

Porém, os Registros de Imóveis exigem a apresentação de nova guia do tributo.

Nos trinta dias subseqüentes à consolidação da propriedade em nome do fiduciário, este deverá promover o leilão público para a venda do imóvel, uma vez que é vedado o pacto comissório. Os procedimentos deverão estar clausulados no contrato de alienação fiduciária atendendo-se aos princípios gerais que tratam da matéria incluindo aqueles explicitados no Código de Processo Civil, bem como na Lei 9.514/97 e no Decreto-Lei 70/1966.

Os procedimentos devem prever que a data do primeiro leilão realizar-se-á no prazo de trinta dias da data da consolidação da propriedade. O valor para a venda deve obedecer aquele estipulado em contrato pelas partes. Por ocasião do segundo leilão, no prazo de quinze dias da realização do primeiro leilão, o valor será o montante da dívida e encargos decorrentes do imóvel objeto da alienação fiduciária. Portanto, caso o maior lance for inferior ao valor fixado em contrato, realizar-se-á o segundo, nos quinze dias subseqüentes ao primeiro leilão. No segundo leilão, o vencedor pautar-se-á pelo montante devido e o vencedor será aquele que der o maior lance, desde que igual ou superior ao valor da dívida. Dever-se-á entregar ao devedor a importância que sobejar e isso importará na quitação recíproca. Porém, se o maior lance oferecido for recusado por não ser igual ou superior ao mínimo correspondente à dívida e às despesas, estará extinta a dívida e consolidada a propriedade para o credor-fiduciário. O devedor será exonerado da obrigação pelo eventual resíduo de saldo, ainda que comportem ressalvas sobre esta questão.

Aqui, merece destaque a advertência levantada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2007) no sentido da inconstitucionalidade do disposto no artigo 27 §2º, da Lei 9.514/97. Conforme os referidos autores, “se A pagou R\$ 50.000,00 de um débito total de R\$ 70.000,00, quando o seu imóvel for a leilão, nada impede que no segundo leilão seja a coisa vendida por apenas R\$ 20.000,00. Neste caso, A não perderá apenas o imóvel como tudo o que pagou”. Assim, dever-se-ia aplicar a norma do artigo 53, Lei 8.078/90, não se admitindo a perda das prestações pagas pelo devedor, sob pena de sacrifício à função social do contrato.

Após o segundo e último leilão, o credor fiduciário deverá, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dar quitação ao devedor-fiduciante, em termo próprio, e lavrar o respectivo auto de leilão averbando na matrícula. Ocorrendo lance por um terceiro interessado, procede-se à transmissão do imóvel ao licitante vencedor por meio de contrato de venda e registro do mesmo no Registro de Imóveis competente (CHALHUB, 2009).

Em caso de existência de contrato de locação, possível diante da autorização legal e em razão do direito de fruir, caso ocorrer a consolidação, não haverá direito de preferência, uma vez que não se trata propriamente de contrato de compra e venda. Pode-se, no entanto, admitir esse direito ao locatário em caso de venda no leilão.

Para a hipótese de insolvência do credor-fiduciário, a lei de recuperação e falência da sociedade empresária - Lei 11.101/05, nos artigos. 49, 3º, e 119, IX, exclui dos seus efeitos os créditos garantidos por propriedade fiduciária.

Com relação à constitucionalidade do procedimento, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de manifestar-se afastando a invalidade no julgamento do Recurso Extraordinário nº 223.075-1/DF. Relator. Min. Ilmar Galvão. Brasília, 23 de junho de 1998.

Cândido Rangel Dinamarco (2001) aponta as oportunidades em que se poderia articular defesa: “o recurso ao controle jurisdicional é admissível em dois momentos e com duas finalidades fundamentais. Logo ao início, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim, é lícito ao devedor fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor ou mesmo a regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária, poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão”.

No caso da venda em público leilão do imóvel objeto da garantia, as normas não são incompatíveis com os princípios constitucionais do art. 5º, XXXV, LIV e LV, desde que se viabilize exercício do direito de ação pelo devedor-fiduciante sempre que ocorrer lesão ou ameaça de lesão a direito. Não haverá possibilidade de impedir a atuação judicial para reprimir ou impedir a prática do ato lesivo, como também para

impor a reparação de danos causados por fraude de qualquer natureza (CHALHUB, 2009).

5. CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea, cada vez mais dinâmica e complexa, exige instrumentos eficazes para gerar desenvolvimento e atender às necessidades da sociedade. Neste contexto, o direito e a legislação devem ser temporais, para adequar-se às mudanças sociais. Assim, a alienação fiduciária em garantia para bens imóveis surge como um dos mecanismos dinamizadores do crédito e deve ser balizada pelos controles constitucionais a fim de garantir, ao mesmo tempo, o acesso à moradia.

A legislação que dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, na intenção de estimular os agentes financeiros a ampliar o financiamento imobiliário em geral, legitimou a alienação fiduciária de bem imóvel. Ela tornou possível que outras pessoas, além das instituições integrantes do SFI, venham a participar do processo de financiamento imobiliário como agentes financiadores.

Ressaltou-se que o procedimento previsto na Lei 9.514/97 não afasta a aplicação do Estatuto de proteção ao consumidor vulnerável e o controle do Poder Judiciário, que zelará para evitar qualquer lesão ou ameaça aos direitos do fiduciante em razão de o legislador ter buscado maior agilidade e celeridade nos procedimentos de cobrança do crédito. Respeitadas a equidade, a boa-fé objetiva e as garantias processuais constitucionalmente asseguradas, não há óbice à rápida recuperação do crédito imobiliário concedido.

O financiamento imobiliário é um instrumento que possui o setor da construção civil para a geração de emprego e renda. Por outro lado, o crédito imobiliário também deve ser facilitado, porque é um importante meio pelo qual a população possa ter acesso à aquisição da casa própria, direito social fundamental.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Alienação Fiduciária de bens imóveis*. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 51, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. vol. 4: *Direito das Coisas*. 23ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- GOMES, Orlando. *Perfil Dogmático da Alienação Fiduciária*. Capítulo publicado no *Livro Alienação Fiduciária em garantia*, 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, jun.1971.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- JUNGUEIRA, José de Mello. *Alienação Fiduciária de coisa imóvel: Lei 9.514/97, de 20.11.97*. São Paulo: Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo – ARISP, 1998.
- JUNQUEIRA, José de Mello. *Alienação fiduciária e usufruto: desdobramento da posse*. *Boletim Eletrônico do IRIB* nº 312, 2003. Disponível em: <http://www.irib.org.br>.
- MARTINEZ, Sergio Eduardo. *Alienação Fiduciária de Imóveis*. Porto Alegre: Norton Editor, 2006.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. vol III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia (Lei nº 9.514/97, primeiras linhas)*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3ªed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.