

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO
MONOGRAFIA

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
DE IMÓVEIS EM GARANTIA**

Acadêmico: Clayton Cesar Wandscheer

Orientador: Prof. José Isaac Pilati

Florianópolis, março de 1.999.

CLAYTON CESAR WANDSCHEER

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
DE IMÓVEIS EM GARANTIA**

Trabalho de conclusão de curso desenvolvido nas disciplinas de Projeto de Pesquisa e Trabalho de Conclusão de Curso (DIR 5008 e DIR 5910) cuja apresentação é requisito parcial para a obtenção de grau em bacharel do Curso de Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, março de 1.999.

“O direito evolui lenta, mas organicamente; os novos institutos não surgem de súbito, mas se desenvolvem no tronco de velhos institutos que vêm adquirindo novas funções, cumprindo novos deveres. E é por meio dessa contínua adaptação dos velhos institutos a objetivos novos que o direito, trabalhosa mas seguramente, se desenvolve, trazendo consigo a sua história nas formas que freqüentemente permanecem idênticos mesmo no renovar-se das funções.” (Túllio Ascarelli)

A meus pais, pessoas sábias e de inigualável bondade;

À Jane, que trouxe mais alegria a meus dias;

A meus amigos e colegas de trabalho, com os quais convivo;

A Deus.

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
DE IMÓVEIS EM GARANTIA**

Sumário

INTRODUÇÃO.....	1
1 HISTÓRICO DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA.....	3
1.1 A FIDUCIA CUM CREDITORE.....	4
1.2 O PENHOR, A HIPOTECA E A ANTICRESE.....	5
1.3 O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E O TRUST.....	6
1.4 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE MÓVEIS EM GARANTIA.....	8
1.5 O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E O LEASING.....	10
1.6 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS EM GARANTIA.....	12
1.6.1 <i>O descrédito da hipoteca.....</i>	<i>12</i>
1.6.2 <i>O risco dos mutuários ante a falência das incorporadoras.....</i>	<i>14</i>
1.6.3 <i>A liberdade de mercado.....</i>	<i>15</i>
2 O CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS EM GARANTIA.....	18
2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	18
2.2 REQUISITOS SUBJETIVOS.....	20
2.2.1 <i>Capacidade.....</i>	<i>20</i>
2.2.2 <i>Legitimidade.....</i>	<i>21</i>
2.3 REQUISITOS OBJETIVOS.....	23
2.4 REQUISITOS FORMAIS.....	25
2.5 CONTEÚDO.....	27
2.6 CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL.....	30
3 A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.....	32
3.1 NOÇÕES PRELIMINARES.....	32
3.1.1 <i>O direito de propriedade.....</i>	<i>33</i>
3.1.2 <i>A propriedade resolúvel.....</i>	<i>34</i>
3.2 NATUREZA, CARACTERÍSTICAS E CONCEITO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.....	35
3.3 A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, PENDENTE O PAGAMENTO DA DÍVIDA.....	38
3.3.1 <i>A constituição da propriedade fiduciária.....</i>	<i>38</i>
3.3.2 <i>Posição jurídica do devedor-fiduciante.....</i>	<i>39</i>
3.3.3 <i>Posição jurídica do credor-fiduciário.....</i>	<i>43</i>
3.3.4 <i>A propriedade fiduciária perante a falência.....</i>	<i>44</i>
3.3.5 <i>A propriedade fiduciária e a instituição de ônus.....</i>	<i>46</i>
3.4 A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, SOLVIDO O DÉBITO AO VENCER-SE.....	49
3.5 A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, VENCIDA A DÍVIDA E NÃO PAGA.....	51
3.5.1 <i>A intimação para purgação da mora.....</i>	<i>51</i>

3.5.2	<i>A consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário</i>	52
3.5.3	<i>O leilão extrajudicial</i>	52
3.5.4	<i>A reintegração de posse</i>	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS		57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		59
ANEXOS		61
	ANEXO I.....	62
	ANEXO II.....	73
	ANEXO III.....	82

Introdução

Por se tratar de um instituto jurídico novo, a alienação fiduciária de imóveis em garantia, instituída através da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, os doutrinadores e os Tribunais não tiveram, ainda, a oportunidade de se manifestar acerca dos seus elementos, características e efeitos.

Todavia, em pouco mais de um ano de vigência da Lei, o Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB), demonstrando preocupação com a presteza e a segurança dos serviços notariais – sem os quais certamente restaria comprometido o sucesso do instituto –, tem promovido encontros com magistrados, advogados, oficiais de Registro de Imóveis e outros profissionais ligados à área imobiliária. O fruto desses debates foi a publicação de uma série de textos que tratam das inovações trazidas pela Lei nº 9.514/97, as quais, voltadas para o dia a dia dos serviços registrais, foram essenciais no desenvolvimento dessa pesquisa.

Nela, pretende-se abordar o novel instituto do direito pátrio, a partir do texto legal e da incipiente doutrina específica, movido pelo desiderato de oferecer contribuições à clareza conceitual e à extensão dos seus efeitos. Diante da referida escassez de literatura, lança-se mão dos conceitos da alienação fiduciária de bens móveis, adaptando-os aos bens imóveis.

No primeiro capítulo, será analisada a evolução dos direitos reais de garantia, passando pelas fidúcia romana e germânica, o penhor, a hipoteca, a anticrese e, num estágio mais recente, o negócio fiduciário, o *trust* anglo-saxônico e a alienação fiduciária de bens móveis em garantia. Em seguida, após uma breve explanação acerca do compromisso de compra e venda e do *leasing* - institutos de já arraigada utilização no mercado nacional -, far-se-á uma análise dos principais motivos que ensejaram o surgimento da alienação fiduciária de imóveis em garantia.

Ao que se observa, os autores não têm efetuado, com clareza, as distinções necessárias à compreensão sistemática desse instituto jurídico. Tem-se, por isso, a falsa impressão de que o contrato de alienação fiduciária em garantia traduz-se como uma nova garantia real, paralelamente às antigas formas já conhecidas, a saber, hipoteca, penhor e anticrese. Todavia, como se poderá constatar, a alienação fiduciária em garantia

é apenas o contrato que serve de título à constituição da propriedade fiduciária, que é – esta sim –, uma garantia real.

Assim, o segundo capítulo é reservado, exclusivamente, à análise do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, mediante o estudo de seus conceito, características, elementos, requisitos, efeitos e conteúdo.

No terceiro capítulo é que serão abordadas a garantia real propriamente dita, a propriedade fiduciária, sua natureza jurídica, características e posição jurídica das partes nas diversas situações possíveis, tais como na pendência do pagamento, na sua conclusão e na sua ausência.

Como corolário, nas considerações finais o autor faz suas ponderações pessoais a respeito da matéria tratada.

No Anexo, encontram-se a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 e um modelo de contrato de compra e venda, mútuo com pacto adjecto de alienação fiduciária de imóvel em garantia, hipótese, conforme previsão do mercado e da doutrina, mais usual de utilização desse instituto recém surgido. Finalmente, foram trazidos alguns modelos de atos passíveis de assentamento no Registro de Imóveis da circunscrição em que estiver localizado o imóvel objeto do negócio.

Conforme se percebe, o método escolhido para a pesquisa é, preponderantemente, o indutivo e as fontes são bibliográficas.

A escolha do tema surgiu do freqüente contato, na justiça de primeiro e segundo graus, com as lides judiciais envolvendo instituições financeiras, incorporadoras e mutuários, mormente no que tange aos financiamento de unidades imobiliárias, nas quais se discutiam questões de crucial interesse.

1 Histórico dos direitos reais de garantia

Nos primórdios da civilização, os credores romanos, autorizados pela Lei das XII Tábuas, tinham o poder de, após a realização de um concurso creditório, repartir o cadáver do devedor que não cumprisse com a obrigação devida. Os credores egípcios, para cobrar suas dívidas, adjudicavam a própria pessoa do devedor e os hebreus preferiam escravizar não apenas o devedor inadimplente, mas também sua mulher e filhos.

O devedor romano, pois, respondia com sua vida e liberdade pelos seus débitos, algo que só foi alterado posteriormente, com a consolidação da influência do cristianismo e as mudanças resultantes do Estado moderno.¹ A partir dessa época, então, transferiu-se para o patrimônio material do devedor a garantia do adimplemento de suas obrigações.²

Todavia, isso possibilitava a ocorrência de fraudes e simulações. Assim, para evitar quaisquer espécie de manobras lesivas ao credor, foram, então, criadas duas espécies de garantias de crédito.

Primeiramente a garantia pessoal ou fidejussória, através da qual um terceiro – e, portanto, estranho à relação obrigacional –, se comprometia a saldar o valor devido se o devedor principal não o fizesse. O aval e a fiança são exemplos de garantia pessoal que até hoje possuem larga utilização.

Após, foi instituída a garantia real, em que o próprio devedor, ou alguém por ele, destinava todo ou parte do seu patrimônio para assegurar o cumprimento da obrigação contraída, sendo que a primeira desta modalidade de garantia foi a *fiducia*.³

¹ VECCHIA, Rodrigo Della. *Execução específica das obrigações de dar coisa certa*. Florianópolis, 1998. Monografia. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro : direito das coisas*. 8ª ed. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 324.

³ A palavra latina *fidere* significa confiar.

1.1 A *fiducia cum creditore*

A forma mais antiga de garantia real, conforme a maioria dos romanistas, é a *fiducia cum creditore*, instituto pelo qual o credor recebia do devedor, no intuito de ser garantido o cumprimento de uma obrigação, a propriedade e a posse de um bem infungível, assumindo o dever de restituí-lo tão logo fosse adimplida a obrigação pelo devedor.

Todavia, não obstante pudesse incluir-se no rol das garantias reais, a *fiducia cum creditore* possuía um conteúdo meramente obrigacional, pois permitia que o credor, enquanto não cumprida a obrigação principal, exercesse sua qualidade de proprietário da *res* sem qualquer espécie de restrição ou limitação, podendo, inclusive, dispor da mesma, em detrimento da expectativa do devedor em recebê-la de volta posteriormente. Aliás, tal contrato era denominado *fiducia* justamente por estar baseado na confiança de que o credor, por espontânea vontade, devolvesse o bem ao devedor.

Conforme elucida FONSECA, “o grande problema deste instituto é que a transmissão da propriedade se dava de modo completo, definitivo. O retorno dela ao patrimônio do devedor, quando satisfeita a obrigação, dependia de um ato transmissivo de propriedade”.⁴

Desse mesmo tipo de problema padecia a *fiducia cum amico*, que era tão somente um contrato de confiança e não de garantia, em que o devedor-fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias que tiveram justificado o receio do proprietário, como, por exemplo, o risco de perecer na guerra, viagens, perdas em razão de acontecimentos políticos, etc.⁵

O traço comum dessas duas modalidades de fidúcia era que, uma vez transferida, pelo devedor ao credor, não apenas a propriedade, mas também a posse do bem, existia, para o fiduciante, o inconveniente de não poder utilizar-se dele para a obtenção de outros créditos enquanto permanecesse a situação jurídica. Ademais, o

⁴ FONSECA, Rodrigo Garcia. Considerações sobre o trust (fidúcia) no direito comparado. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 334, abr./maio/jun. 1996, p. 168.

⁵ DINIZ, op. cit., p. 397.

devedor não dispunha de um remédio jurídico hábil para, quando satisfeita a dívida, compelir o credor a restituir a *res*, dependendo exclusivamente de sua vontade.

O posterior surgimento da *actio fiduciae* não trouxe qualquer espécie de significativa mudança, pois se tratava apenas de uma ação de cunho meramente pessoal contra o credor, na hipótese de o mesmo deixar de restituir a coisa ou não lhe dar a destinação convencionada. Assim, diante da plena eficácia da venda do bem pelo credor a terceiros, o devedor poderia, ao invés do desfazimento do negócio, em tese, apenas obter uma indenização pelo não cumprimento do pacto de restituição da coisa.⁶

Sem embargo do fato de a *fiducia* ter sido largamente utilizada na era romana clássica, o instituto caiu no desuso com o desaparecimento dos dois modos formais de transferência de propriedade, a *mancipatio* e a *in jure cessio*, sequer aparecendo nas compilações de Justiniano.

Embora de origem semelhante à romana, a *fiducia* do antigo Direito germânico atribuía ao fiduciante uma ação de natureza real, um direito de seqüela sobre a coisa, garantido uma segurança muito maior. Destarte, enquanto o fiduciário romano não podia ser compelido a restituir a coisa ofertada em garantia, o fiduciário alemão figurava como titular de um direito sob condição resolutiva, podendo ser despojado do bem se não agisse conforme pactuado. Ademais, por ser o fiduciante titular de direito real e, portanto, oponível *erga omnes*, poderia reivindicar a coisa de terceiro que a adquirisse do fiduciário.

1.2 O penhor, a hipoteca e a anticrese

Já no início do século II aC, com o surgimento do *pignus datum* (penhor), eliminou-se o inconveniente da transferência da propriedade do devedor para o credor, tendo em vista que nessa modalidade de garantia real ocorria apenas a transmissão da posse da coisa ao credor, permanecendo o obrigado como seu proprietário.

Todavia, não obstante a posse do credor estivesse protegida, mediante os interditos, ele não estava completamente amparado, porque não podia dispor da coisa.

⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro *In* CAHALI, YUSSEF SAID (Coord). *Contratos Nominados : doutrina e jurisprudência*. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 31-45.

De outro lado, ainda que, igualmente, a propriedade do devedor estivesse preservada – uma vez que poderia obter, através da *actio pignoratitia*, a restituição da *res*, caso o credor se opusesse a fazê-lo espontaneamente após extinta a dívida –, com a deslocação da posse para o credor ficava desprovido de meios para produzir utilidades econômicas, a fim de resgatar seu débito, nos casos em que o objeto consistia em instrumento de seu trabalho - por exemplo, maquinaria agrícola.

Assim, após apresentar ótimos resultados na Grécia, os romanos adotaram a hipoteca, pela qual a posse do bem imóvel ficava com o devedor, distinguindo-se do *pignus*, próprio para os bens móveis.

A hipoteca foi criada, pois, pela necessidade de os arrendatários de imóveis rurais não serem desapossados de seus instrumentos de trabalho dados em garantia, pois, caso ficassem desprovidos de sua posse, restaria praticamente impossível a obtenção de créditos outros que possibilitassem o fiel cumprimento da obrigação assumida. Assim, mediante o instituto da hipoteca, eliminou-se o inconveniente de o devedor ficar privado do uso e gozo do bem dado em garantia.

Por fim, surgiu a anticrese, através da qual o credor podia utilizar e fruir todas as utilidades econômicas da coisa pertencente ao devedor, retirando todos os seus frutos como compensação do capital e juros decorrentes do mútuo firmado com o devedor.

1.3 O negócio fiduciário e o trust

Com o desenvolvimento do capitalismo financeiro, fruto da Revolução Industrial, iniciada no final do século XVIII na Inglaterra, as formas de garantia então vigentes tornaram-se incompatíveis com a nova estrutura econômico-jurídica, pois a morosidade em executá-las e a superposição de créditos de natureza fiscal e trabalhista impediam o ajustamento dessas modalidades ao ritmo acelerado que se imprimiu na circulação de riquezas.

Como uma resposta a esses reclamos, o trabalho construtivo de juristas alemães, seguidos dos italianos, criou o negócio fiduciário, inspirados na *fiducia cum creditore* do direito romano, no afã de utilizar a propriedade como forma de proteção

eficaz do crédito, através da rápida recomposição das situações de mora e do afastamento da concorrências dos créditos preferenciais.⁷

Regelsberger, em 1880, definiu o negócio fiduciário como “um negócio seriamente desejado, cuja característica consiste na incongruência ou heterogeneidade entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico empregado para atingi-lo”.⁸

Sobretudo, o modelo reconstruído no negócio fiduciário possuía os mesmos defeitos do original, pois, uma vez concluída a formalização com o eventual registro da transmissão da propriedade, o fiduciário passava a ser o titular pleno do bem ou do direito, que passava a constituir garantia dos seus credores. Desta feita, com a insolvência do fiduciário, o bem transmitido em fidúcia integrava o ativo da massa, conferindo ao fiduciante apenas o direito de credor quirografário.

De outro lado, o vínculo que unia o fiduciário ao fiduciante ainda tinha cunho meramente obrigacional, deixando este numa situação de total vulnerabilidade na hipótese do credor recusar-se a restituir ou alienar a terceiros o bem ofertado em garantia, restando ao fiduciante apenas a opção pelas perdas e danos.

É bem verdade que há decisões isoladas reconhecendo ao fiduciante, em certas ocasiões, o direito de reivindicar a propriedade do bem que fora alienado fiduciariamente, sob a assertiva de que deve prevalecer a boa-fé do fiduciante e a impropriedade das formas contratuais.⁹

Todavia, a validade dessa modalidade de negócio jurídico não era pacífica, em face da possibilidade de abuso de poder econômico por parte do fiduciário pela situação de perigo em que se encontrava o fiduciante, fruto da ineficaz tutela jurídica que lhe era conferida. Com efeito, essa situação muitas vezes violava as proibições do pacto comissório, da usura e até da simulação, o que levou alguns dos maiores juristas, inclusive da própria Alemanha, a se manifestar contrariamente ao negócio fiduciário.¹⁰

⁷ *Apud* CHALHUB, Melhin Namem. **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 37-38

⁸ *Ibid.*, p. 41.

⁹ FONSECA, *op. cit.*, p. 177.

¹⁰ MOREIRA ALVES. **Da alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 9.

O negócio fiduciário apresenta traços que o diferenciam do *trust*, conhecido nos países que adotam o sistema da *Common Law*, no qual o grau de proteção dos bens transmitidos pelo fiduciante afastava-se da concepção romana. Na verdade, no *trust* esses bens não integram o patrimônio do fiduciário, mas destinam-se à formação de um patrimônio de afetação, que conforme Brinz, “consiste numa restrição pela qual determinados bens se dispõem, para servir a um fim desejado, limitando-se, por este modo, a ação dos credores”.¹¹

A propósito, nenhum país de tradição jurídica romano-germânica chegou a disseminar um instituto jurídico que cumprisse rigorosamente as mesmas funções do *trust*, com tamanha frequência e desenvoltura. Tal fato se justificava pela existência do princípio da indivisibilidade do direito de propriedade, apontada como principal entrave da aceitação do *trust* na família jurídica romano-germânica.

1.4 A alienação fiduciária de móveis em garantia

Em virtude das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da validade dos negócios fiduciários, países latino-americanos, como México e Colômbia, a partir de 1950, através da figura do *fideicomisso*, passaram a adotar a segregação patrimonial como meio de proteção aos bens objeto do negócio fiduciário, separando-os daqueles pertencentes ao fiduciário, frustrando a possibilidade de eventuais ações de credores do fiduciário, por dívidas que não fossem relativas ao negócio entabulado.¹²

No Brasil, essa necessidade de proteção também se fez presente, uma vez que para conter a recessão econômica, surgida nos anos 60 - que gerou uma alarmante queda de produtividade na indústria nacional - e acelerar o ritmo de desenvolvimento, o governo apresentou um plano de ação econômica, através da contenção da inflação e realização de reformas sociais. A estimulação das empresas privadas foi uma das soluções adotadas, motivo pelo qual foi criado o mercado de capitais, “constituído por

¹¹ *Apud* CHALHUB, op. cit, p. 83.

¹² Melhin Namem Chalhub, na obra já citada (p. 96), de grande valia no estudo do direito comparado, colaciona o art. 1.261 do Código Civil da Província de Quebec, Canadá, que dispunha: *O patrimônio fiduciário, formado pelos bens transferidos em fideicomisso, constitui um patrimônio de afetação autônomo e distinto do patrimônio do instituidor, do fiduciário e do beneficiário, sobre o qual nenhum deles tem direito real.*

um conjunto de operações e instituições destinadas a angariar recursos para transferi-los aos setores de produção, indústria e comércio.”¹³

Para viabilizar, desta forma, o mercado de capitais, o qual necessitava de ampla proteção ao crédito, instituiu-se uma figura jurídica singular no Direito brasileiro, denominado de Alienação Fiduciária em Garantia, através do art. 66, da Lei nº 4.728/65.

Tão logo introduzido, esse instituto teve grande aceitação prática, tendo sido largamente utilizado na tutela do crédito direto ao consumidor, concedido pelas instituições financeiras, possibilitando, a uma faixa econômica nunca beneficiada, a aquisição de bens móveis, como automóveis e eletrodomésticos.

Sem embargo do fato de a alienação fiduciária em garantia possuir grande eficácia teórica - porque com a transferência da propriedade resolúvel da coisa móvel o credor se torna portador de direito que supera o de outros credores que possuem direitos reais de garantia previsto no próprio Código Civil -, na prática, houve uma grande controvérsia interpretativa, decorrente da imprecisão da linguagem contida no texto do art. 66, § 2º, do aludido diploma legal, que dispunha: *O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário.*

Ao lado de discussões acerca da existência do desdobramento da posse, os juristas ferrenhamente questionavam qual seria, na hipótese de não solvido o débito no termo, pelo devedor, o remédio jurídico hábil para o credor retomar o bem e efetivar sua venda. Enquanto alguns sustentavam a possibilidade do manejo das ações possessórias, outros defendiam o das petições, tais como a reivindicatória (ainda que nada célere, por ser regida pelo procedimento ordinário). Por fim, houve até aqueles que defendiam a utilização da ação de depósito, tese esta, aliás, altamente combatida pelos Tribunais.

Com a clareza que lhe é peculiar, o Ministro do Supremo Tribunal Federal J. C. MOREIRA ALVES elucidou sucintamente, o grande problema existente naquela época:

¹³ DINIZ, op. cit., p. 397.

Em face da controvérsia, começou a haver o risco de o instituto da alienação fiduciária ser marginalizado, porquanto, na prática, a garantia dele decorrente não tinha a eficácia que seria mister para efetivamente dar maior proteção ao crédito. Por isso, sentiu-se a necessidade - de que se fizeram intérpretes, principalmente, as associações de entidades financeiras - de lei nova que disciplinasse convenientemente esse aspecto processual. E, com efeito, veio ao encontro dessa exigência o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.¹⁴

Com este novo diploma, surgiram inovações materiais e principalmente processuais, tais como o esclarecimento acerca da imperiosa utilização da ação de busca e apreensão nos casos de inadimplemento do devedor, eliminando as divergências de interpretação até então existentes.

Assim, atualmente, no sistema jurídico brasileiro, são quatro as figuras de garantia real: o penhor, a anticrese, a hipoteca e a alienação fiduciária em garantia.

1.5 O compromisso de compra e venda e o leasing

Há mais de meio século foi introduzido no sistema jurídico pátrio a *promessa de venda*, pela qual se pretendeu dar proteção aos compradores que dispunham de poucos recursos na aquisição com pagamento parcelado de terrenos loteados. Todavia, a grande falha desse mecanismo era a possibilidade conferida ao vendedor de negar-se a outorgar a escritura definitiva, no final do pagamento, o que frustrava a expectativa dos pretensos adquirentes. É que na hipótese de o promitente vendedor se recusar a celebrar o contrato definitivo de venda, o promitente-vendedor não podia forçá-lo judicialmente a obter, mediante adjudicação compulsória, a competente escritura definitiva, restando apenas a opção das perdas e danos.

A solução surgiu com base na figura da promessa de alienação, oriunda do direito uruguaio, que defendia o interesse dos promitentes-compradores, sendo entre nós, tal instituto, batizado de *compromisso de venda*¹⁵. Tratava-se de um contrato típico pelo qual as partes se obrigavam reciprocamente a tornar eficaz a compra e venda de um bem imóvel, mediante a reprodução do consentimento no título hábil.

Embora não elencado no art. 674, do Código Civil, como direito real - ao contrário do que ocorre com a hipoteca, mas a exemplo do que ocorre com a alienação

¹⁴ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 19.

¹⁵ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990, p. 307.

fiduciária em garantia -, o compromisso de compra e venda surgiu através do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937¹⁶, como forma de proteção aos compradores terrenos loteados, contra eventuais alienações ou onerações dos lotes comprometidos.

Conforme Waldemar Ferreira, o art. 1.088 do Código Civil, que facultava o direito de arrependimento, deixou de ser então “a fonte amarga de decepções e de justificados desesperos”¹⁷. Isso porque o direito real advindo da averbação do compromisso de compra e venda é de natureza *sui generis*, pois impede que o proprietário venda ou onere o imóvel, enquanto perdurar o contrato.

Todavia, não obstante tal modalidade de proteção fosse de rápida constituição e, *ex vi* do art. 5º da aludida norma, sua averbação conferisse ao compromissário direito real oponível a terceiros, havia um fator que impedia seu sucesso. Com efeito, a morosidade do processo judicial para retomada do imóvel era um obstáculo ao interesse das partes, a exemplo do que sucedia na hipoteca e nos contratos de compra e venda com cláusulas resolutivas como o pacto comissório.

Já o *leasing*, regulado apenas tributariamente pela Lei nº 6.099, de 12/09/74, admite a possibilidade, através do *lease back*, de contratar-se o arrendamento de bem imóvel, conforme já decidiu a jurisprudência, *in verbis*: “O contrato de arrendamento mercantil pode ter por objeto bem imóvel, sendo que, com o seu descumprimento, tem a arrendadora a sua disposição os interditos possessórios - STJ, REsp. 28.925/RJ”.¹⁸

Em que pese esta modalidade mista de contrato – que envolve locação, mandato, compra e venda e mútuo – pudesse constituir-se na espécie de garantia imobiliária mais eficaz na que todas as outras formas de proteção do crédito, duas restrições, uma de cunho legal e outra jurisprudencial, impediram seu uso freqüente.

Com efeito, o art. 1º da Lei nº 6.099/74, com a redação da Lei nº 7.132/83, permitiu que apenas a pessoa jurídica figurasse como credor. De outra senda, os

¹⁶ Ver Lei nº 649, de 11 de março de 1949 e Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

¹⁷ *Apud* MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil : direito das coisas**. 10ª ed. São Paulo : Saraiva, 1971, p. 323.

¹⁸ MEZZARI, Mario Pazutti. **Alienação Fiduciária da lei n. 9.514, de 20-11-97 : doutrina modelos legislação**. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 9

Tribunais passaram a entender que seu objeto deveria ser apenas o imóvel pronto para o uso, conforme se observa: “Somente se caracteriza como arrendamento mercantil a operação cujo uso sejam bens móveis ou imóveis prontos para serem utilizados [...] Inexiste arrendamento mercantil, para efeitos tributários, sem que o objeto deste esteja em condições de ser utilizado – STJ, REsp. 78.022/PR”.¹⁹

1.6 A alienação fiduciária de imóveis em garantia

A Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Código Civil, em 1972, encabeçada pelo Prof. Miguel Reale e com a colaboração de José Carlos Moreira Alves, ao regular a garantia fiduciária dentro da sistemática do Direito das Coisas, apenas considerou a propriedade móvel. Preferiu, assim, o legislador pátrio – embora não houvesse qualquer espécie de incompatibilidade –, deixar de estender a alienação fiduciária em garantia aos bens imóveis.

RESTIFFE NETO, em feliz exposição, justifica os motivos de tal restrição:

A instituição da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis imporá profundas alterações no Direito Imobiliário, com reflexos no sistema vigente de registros públicos, que por certo desencorajaram qualquer iniciativa de índole ampliativa, não reivindicada pelo setor de financiamento habitacional, que se satisfaz os meios legais específicos de que dispõe na atualidade. Mas é provável que a experiência de garantia abarque, em futuro não muito remoto, também a propriedade imóvel no Direito brasileiro, através de disposições próprias, totalmente distintas das contidas no Decreto-Lei nº 911, de 1969, ou no Anteprojeto de Código Civil.²⁰

Todavia, três fatores, basicamente, tornaram necessário que tal garantia fosse estendida também aos imóveis.

1.6.1 O descrédito da hipoteca

Primeiramente, a hipoteca – que figurava como o instituto jurídico mais utilizado como forma de garantia na aquisição de bens imóveis – passou a perder prestígio entre os credores, pois deixou de oferecer o rigor e a eficiência desejadas na segurança do crédito. Com efeito, a excessiva demora na retomada do bem gravado

¹⁹ Ibid., infra.

²⁰ RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976, p. 23.

tornou-se um inconveniente aos interesses dos credores, tendo em vista a necessidade de rapidez na circulação do crédito.

Ademais, embora o Supremo Tribunal Federal já houvesse decidido, através da Súmula 621, que “Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis”, o Superior Tribunal de Justiça, posteriormente, através da Súmula 84, fixou o entendimento de que “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.”²¹

Como a matéria estava sumulada pelos duas mais altas Cortes de Justiça do país, mas de forma diametralmente diversa, os tribunais estaduais passaram a divergir, prevalecendo, todavia, a tese do STJ, sob a assertiva de que “O direito sumular enfocado prevalece sobre a Súmula 621 do STF, porque incumbe atualmente ao STJ, nos termos do art. 105, III, a, da Constituição Federal, a interpretação de lei federal no país”.²²

Com isso, tornou-se mais difícil o exercício do direito de seqüela e a oponibilidade do direitos dos credores perante terceiros – na maioria das vezes promitentes compradores de unidades residenciais –, conforme se constata:

Evidenciando os autos que o imóvel hipotecado encontra-se na efetiva posse dos embargantes e positivada a condição de terceiros dos mesmos, relativamente à execução hipotecária na qual foi o bem constritado, incensurável é a decisão judicial que, liminarmente, deferiu-lhes a manutenção possessória, suspendendo, quanto a tal bem, a execução.²³

Esse descrédito da hipoteca e a situação de insegurança proporcionada aos proprietários de imóveis justificam as espirituosas palavras de Marcelo Terra, que, ao ser

²¹ NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 27ª ed. São Paulo : Saraiva. 1996, p. 629.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 49.707, Construtora Castelo Ltda. e Banco Meridional do Brasil S/A. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. 13 out. 1995. *Base de Acórdãos do TJ/SC (1983 a 1998)*. Diretoria de Infra-Estrutura / TJSC.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento n. 96.007798-7, Banco Meridional do Brasil S/A e Valdir José Peters. Relator: Des. Trindade dos Santos. 21 jun. 1997. *Base de Acórdãos do TJ/SC (1983 a 1998)*. Diretoria de Infra-Estrutura / TJSC.

defrontado com a antiga máxima que diz que “Quem não registra não é dono”, ele contrapunha a sua dizendo “Quem registra talvez seja dono”.²⁴

1.6.2 O risco dos mutuários ante a falência das incorporadoras

De outra senda, problemas de ordem econômica, aliados à má gestão empresarial, acabaram gerando a falência de diversas empresas atuantes no ramo de construção civil. Assim, em discurso na Tribuna do Senado, em data de 04/08/97, o Senador Édison LOBÃO (PFL-MA), que recebeu inúmeros e dramáticos apelos de parte dos 42.000 mutuários de uma empresa de construção civil, desesperados com a possibilidade de perderem as economias de uma vida inteira, investidas na compra do que lhes daria a casa própria, ponderou, acerca da necessidade da instituição de uma maior segurança àqueles que viessem a investir na casa própria. O objetivo da proposição era o de evitar, no futuro, episódios como os da Encol, nos quais mutuários de boa-fé, levados por propagandas, muitas vezes enganosas, deixaram-se seduzir por empreendimentos projetados por empresa mal fiscalizada pelo governo.²⁵

Na mesma ocasião, o Senador Romero JUCÁ salientou “a questão específica da Encol foi uma espécie de ducha de água fria no mercado de classe média de compra de imóveis, que efetivamente ficou paralisado ou, se não paralisado, pelo menos combalido com essa mácula jogada sobre o mercado com a paralisação das obras das milhares de habitações em construção pela Encol.”

Na verdade, o que se procurava, no Plenário do Senado, desde aquela época, era não mais submeter o setor da construção civil, um dos mais importantes e mais ativos da vida econômica deste País, aos solavancos de cada dia, às circunstâncias como a ocorrida com a Encol, que é considerada a maior do País e uma das maiores do mundo em matéria de construção civil. Surgiu, assim, a necessidade de dotar o mercado de uma maior segurança para que a poupança privada fosse transformada nas milhões de habitações de que os brasileiros precisam. Nesse sentido, justificou o Senador JUCÁ: “O

²⁴ *Apud* MEZZARI, op. cit, p. 219.

²⁵ As questões acerca das origens e motivos que culminaram na Lei nº 9.514/97 constam no Discurso proferido na Tribuna do Senado, em 04/08/97, em que foi Relator o Senador Édison Lobão.

brasileiro precisa poupar, investir na sua casa própria, mas tem de ter a segurança de que o seu dinheiro não vai virar fumaça”.

Surgiu, pois, a necessidade de um mecanismo que evitasse a situação de risco ocorrida com milhares de famílias que lançaram mão de suas poupanças integrais, venderam bens, muitas vezes imóveis, e adquiriram o seu imóvel, pagando à vista - para pagar mais barato - um apartamento ainda na planta.

1.6.3 A liberdade de mercado

Paralelamente, o Sistema Financeiro de Habitação, criado na década de 60 para atender a demanda de imóveis para a população de baixa renda, assentado em instrumentos cuja filosofia tinha como características básicas a intervenção excessiva do Estado na Economia, o bloqueio das fronteiras econômicas e a cultura inflacionária, não mais condiz com a realidade.

Com efeito, essas características estão superadas, pois, na realidade, o que se verificou nas duas últimas décadas, foi o crescimento da atuação meramente regulatória do Estado, no sentido de garantir condições mínimas para o funcionamento do mercado e evitar sua autofagia²⁶, em detrimento do intervencionismo exacerbado.

Ademais, no terceiro quarto do século se fortaleceu a idéia da criação de blocos econômicos supranacionais como a Comunidade Européia, o NAFTA, na América do Norte, o MERCOSUL, no Cone Sul da América e uma zona de livre comércio entre os novos países industrializados do Extremo Oriente, os denominados “tigres asiáticos”, liderados pelo Japão. A queda de barreiras econômicas e alfandegárias decorrida desse novo mercado exige uma forma de regulação que transcende as fronteiras nacionais, sendo mister a padronização e rapidez nos investimentos.

A necessidade - mãe de todas as invenções - de se retomar o crescimento econômico, fez com que diversos especialistas do governo e do setor privado se unissem na elaboração de uma política econômica que criasse oportunidades de gerar empregos e tornasse atrativo o ingresso de capital pelos investidores estrangeiros.

²⁶ BARRAL, Welber. *Paradigmas atuais do mercado*. Florianópolis. Paper. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina.

Todavia, três fatores seriam necessários para a implementação desse novo plano de atuação.

Primeiramente, representando os interesses dos mutuários, havia a necessidade de que lhes fossem assegurada, para a total credibilidade do sistema de financiamento, a garantia do seu investimento, pois nada justificaria colocar a grande massa de consumidores sob o risco de figurar apenas como credores quirografários na hipótese de quebra (ou liquidação extrajudicial) do fiduciário. Para tanto, deveria existir a possibilidade de o mutuário contratar seguro que lhe garantisse a liquidez das quantias pagas, na hipótese de inadimplemento do incorporador quando da entrega da obra. Ademais, tornou-se imperiosa a criação de um patrimônio de afetação, que não fosse atingido pelos efeitos de eventual insolvência do credor-fiduciário, frustrando eventuais ações dos credores deste.

De outro lado, relativamente aos interesses dos investidores, para tornar possível a captação de recursos capazes de robustecer o financiamento habitacional, havia a necessidade do surgimento de uma empresa que fizesse o papel de intermediária entre os investidores e os bancos, que tradicionalmente financiam a habitação. Na verdade, tal companhia atuaria na compra dos créditos que os bancos têm com os mutuários, com a posterior emissão de títulos, lastreados nesses créditos e, finalmente, na venda dos mesmos aos investidores, a exemplo do que já ocorre no exterior. A preocupação com esta sistemática toma maiores vultos quando se recorda que o Brasil é apontado como um dos mais atrativos mercados emergentes da América Latina, vivendo, atualmente, uma febre de captação de recursos no exterior.²⁷

Por seu turno, representando os interesses das incorporadoras e financiadoras, havia, ainda, a necessidade de um mecanismo capaz de imprimir eficácia e rapidez nos processos de recuperação de crédito, em substituição à lentidão e desprestígio da hipoteca como forma de garantia dos créditos.

Todas essas reivindicações, culminaram na promulgação a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel.

²⁷ FONSECA, op. cit., p. 153.

Não obstante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 82/869) já admitisse sua contratação espontânea sem que fosse considerado afronta à lei, materializou-se, desta forma, a premonição efetuada por RESTIFFE NETO.

A expectativa é que, com uma maior captação de recursos para o segmento da construção civil, através da maior liberdade de negociação e redução da taxa de juros, devam ser financiados, nos próximos dez anos, cerca de 2,6 milhões de unidades, entre residenciais e comerciais, quantia que levou 30 anos para ser financiada pelo antigo, mas ainda vigente, Sistema Financeiro de Habitação.²⁸

Como corolário, seria quase desnecessário salientar que a edição dessa norma foi fruto de interesses de grupos econômicos que pretendiam a cautela dos interesses do credor (fiduciário) diante da eventualidade da insolvência do devedor (fiduciante), no sentido de tornar seus créditos e suas garantias, quer perante credores quirografários, ou preferenciais por outra ordem de razão, fossem absolutamente eficazes.

Com efeito, o novo modelo de financiamento imobiliário, que culminou na Lei nº 9.514/97, foi proposta pela Abecip (Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança) e aperfeiçoado pela equipe econômica do governo, em reuniões que contaram com a participação direta de representantes da Câmara Brasileira da Construção Civil (Cebic), Sinduscon (Sindicato da Indústria de Construção Civil) do Paraná, do Secovi (Sindicato da Habitação) de São Paulo e da Ademi (Associação dos Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário) do Rio de Janeiro.

A intenção do setor privado, demonstrada nas intensas rodadas de negociações com o governo, era, assim, ter a sua disposição um instrumento de garantia que proporcionasse uma rápida retomada do crédito, pois como bem pondera M. TERRA, “esta eficácia absoluta integra o próprio conceito da garantia, que somente é garantia se eficaz e eficiente for, principalmente quanto à agilidade da recuperação do crédito”.²⁹

²⁸ CAMPO, Sueli; DANTAS, Vera. Novas regras aumentam poder do mutuário. *O Estado de São Paulo*, 8 jun. 1997.

²⁹ TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia* : Lei nº 9.514/97, primeiras linhas. Porto Alegre : S. Fabris Editor, 1998, p. 22.

O sucesso do Plano Real propiciou uma queda provisória da inflação e da taxa de juros. A equipe do governo e de empresários, na verdade, estavam cientes que o sucesso do novo modelo de financiamento imobiliário dependia da manutenção dessa situação de estabilidade. Todavia, a recente e repentina desvalorização da nossa moeda frente ao dólar, amplamente divulgada na imprensa, que, aliás, já trouxe seus reflexos nas prateleiras dos supermercados, pode, em tese, ser um fator que comprometa tal sucesso.

Todavia, ao contrário do que poderia parecer, surpreendentemente, o atual quadro de incertezas no mercado brasileiro está trazendo de volta um velho e conhecido bom negócio de antes da estabilização: a compra de imóveis. Desde a mudança da política cambial, em janeiro deste ano, o volume de vendas de apartamentos, casas e terrenos em Santa Catarina, cresceu até 50%. A previsão é que os imóveis sejam a grande vedete em 1999.³⁰

2 O contrato de alienação fiduciária de imóveis em garantia

2.1 Conceito e características

A alienação fiduciária de imóveis em garantia exerce função semelhante às garantias reais que já integram o nosso direito positivo, mas é dotada de maior eficácia. Como é notório, nas garantias mais comumente utilizadas, o devedor retém o imóvel, apenas gravando-o para garantia de uma obrigação, enquanto na propriedade fiduciária o devedor transmite a propriedade do bem ao credor até que seja satisfeita a obrigação. “Em suma, enquanto a hipoteca é um direito real em coisa alheia, a propriedade fiduciária é um direito real em coisa própria”.³¹

A doutrina tem considerado que esse novel instituto jurídico veio suprir importante lacuna no sistema de garantias do direito brasileiro, dotando-o de instrumento que torne possível que as situações de mora, nos financiamentos imobiliários, sejam recompostas em prazos compatíveis com as necessidades da economia moderna, a exemplo do que há muito já ocorre nos financiamentos de bens móveis.

³⁰ SCHNEIDER, Simone. Imóvel vira opção para driblar a crise cambial. *Diário Catarinense*. Florianópolis, 28 fev. 1999, p. 20.

³¹ CHALHUB, op. cit., p.196.

Com efeito, o art. 22 da Lei nº 9.514/97 dispõe que *A alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, a propriedade resolúvel de coisa imóvel.*

Constata-se, pois, da dinâmica delineada pela lei, que a alienação fiduciária em garantia consiste na transferência, efetuada pelo credor ao devedor, da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem imóvel, no intuito de garantir o cumprimento de uma dívida. A peculiaridade do caráter resolúvel da propriedade acarreta duas conseqüências, uma excludente da outra: (a) uma vez verificado o pagamento, opera-se a automática restituição da propriedade em nome do devedor; (b) se caracterizado o inadimplemento do devedor, consolida-se a propriedade em nome do credor, o qual estará obrigado a vender o imóvel, em hasta pública, para receber a quantia devida, *ex vi* do art. 27 e §§ da Lei nº 9.514/97.

J. X. Carvalho Mendonça, leciona que:

O contrato de alienação fiduciária é concluído como se fosse uma transmissão de propriedade, 'mas a declaração de vontade acrescida à da qual nasce o negócio' é de que o imóvel fique em nome do credor, não como uma propriedade sua, mas apenas tão somente com o escopo de garantir o seu crédito, até que ocorra o pagamento do débito e seus encargos.³²

A doutrina não diverge ao afirmar, pois, que a alienação fiduciária é um negócio jurídico, que apresenta os seguintes traços: (a) é bilateral, pois cria obrigações e direitos tanto para o credor-fiduciário como para o devedor-fiduciante; (b) é oneroso, porque cada contraente suporta um sacrifício de ordem patrimonial com o intuito de obter vantagem correspondente, de forma que o ônus e o proveito guardem relativa equivalência; (c) é comutativo, pois essa equivalência pode ser verificada de imediato; (d) é formal, porque exige a observância de certas formalidades, como o registro do contrato no Registro de Imóveis; e, finalmente (e) é acessório, pois depende, para sua existência, de uma obrigação principal que pretende garantir.

³² *Apud* VAZ, Ubirayr Ferreira. **Alienação fiduciária de imóveis em garantia : reflexos da lei nº 9.514/97 no registro de imóveis.** Porto Alegre : S. Fabris, 1998, p. 56

A exemplo do que ocorre com os demais negócios, a alienação fiduciária pressupõe agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei e também exige requisitos de ordem subjetiva, objetiva e formal. Os requisitos de ordem subjetiva são a capacidade e a legitimação; os objetivos se referem às coisas que podem ser objeto desse contrato; e, finalmente, os formais se relacionam com as formalidades indispensáveis a que a alienação fiduciária em garantia seja válida.

2.2 Requisitos subjetivos

2.2.1 Capacidade

Os sujeitos da relação - alienante (que é o devedor e proprietário do bem imóvel transmitido em garantia) e adquirente (que é o credor e que recebe o aludido bem)³³ - devem ter a capacidade para contratar a alienação fiduciária em garantia.

Na sistemática delineada pela Lei nº 9.514/97, se contrata a transferência da propriedade de um imóvel do devedor-fiduciante para o credor-fiduciário e conseqüentemente, a reversão para da propriedade para o primeiro (se quitado o débito) ou a consolidação da mesma para o últimos (se se verificar o inadimplemento). Tendo isso em mente, deve-se observar que nula será a constituição desse direito feita por quem não seja dono da coisa. Desta maneira, não podem alienar fiduciariamente os posseiros ou possuidores; os que tendo título, não têm registro; os que se tornaram proprietários por direito sucessório ou por prescrição aquisitiva mas não têm seu título registrado; os promitentes compradores.³⁴

Se a garantia abrange diversos bens, dentre os quais apenas alguns pertencem ao devedor e outros não, obviamente que o ato só não prevalece em relação aos últimos, subsistindo, todavia quanto aos primeiros. Ademais, devem ser observados os requisitos exigidos para a alienação de imóveis por pessoas absolutamente incapazes, pelos cônjuges, pelas pessoas jurídicas e demais casos arrolados no Código Civil.

³³ Para fins didáticos, na presente obra, alienante e adquirente serão respectivamente denominados devedor-fiduciante e credor-fiduciário.

³⁴ MEZZARI, op. cit. p. 27.

Assim, não podem dar em alienação fiduciária: (a) os menores de dezesseis anos (art. 5º, I), só podendo o genitor no exercício do pátrio poder, mediante autorização judicial, nos casos de necessidade ou evidente utilidade ao filho (art. 386); (b) os maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um (art. 6º, I), salvo com a assistência do representante legal e licença da autoridade judiciária competente (art. 386); (c) os órfãos sob tutela e interditos, exceto através de tutor e com autorização judicial; (d) os pródigos, salvo com a intervenção do curador e licença do juiz (art. 459); (e) o marido ou a mulher, apenas com a anuência do outro cônjuge (arts. 235, I e 242); (f) o ascendente ao descendente, sem que os outros descendentes expressamente consintam (art. 1.132)³⁵; (g) o inventariante sobre bens que integrem o acervo hereditário, salvo mediante licença judicial; (h) o falido, privado da administração de seus bens, desde o momento de declaração da falência (art. 40 do Dec-Lei nº 7.661/45); (i) o mandatário, salvo possua poderes especiais e expressos para contratar.³⁶

A contratação da alienação fiduciária em garantia sobre bens de pessoas jurídicas efetua-se por meio de diretoria, com a aprovação do órgão deliberativo, salvo se os seus estatuto dispuserem de modo contrário. Se o imóvel pertencer a pessoa jurídica de direito público exige-se autorização legislativa.³⁷

2.2.2 Legitimidade

No que versa acerca da legitimidade, o parágrafo único do art. 22, da Lei 9.514/97 dispõe que *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.*³⁸

Estas entidades a que a Lei se refere são aquelas constantes no art. 2º da norma, a saber, *as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento,*

³⁵ Conforme salienta DINIZ (op. cit., p. 327), há julgados que interpretam restritivamente este dispositivo, por ser ele uma exceção.

³⁶ MONTEIRO, op. ci., p. 333.

³⁷ DINIZ, op. cit. 327.

³⁸ A Resolução nº 2.480, de 26/03/98, do Banco do Brasil, tornou público que a alienação fiduciária de coisa imóvel poderá garantir os financiamentos habitacionais contratados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

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.

Contrariamente à Lei nº 4.728/65, que restringiu a utilização da alienação fiduciária em garantia apenas às instituições financeiras, o legislador preferiu admitir a sua contratação à qualquer pessoa física ou jurídica, deixando clara sua intenção de dotar o mercado imobiliário – no qual grande parcela do crédito é constituída em operações que têm como partes apenas o comprador e o vendedor, sem intervenção de instituição financeira - de um novo instrumento para dinamização de suas atividades, em atenção à sua enorme capacidade de geração de empregos.

Em que pese o diploma legal em estudo não ter efetuado quaisquer espécies de restrições, no tocante às pessoas aptas a utilizar esta nova forma de garantia, as previsões sugerem que a aplicação mais freqüente da alienação fiduciária de imóveis deve ocorrer no mercado das incorporações imobiliárias.³⁹ Nesse mercado, são três as possibilidades de utilização da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

Na primeira hipótese, figurariam como partes no contrato (a) a financiadora, como credora-fiduciária, que forneceria os recursos aos adquirentes do imóvel; (b) o incorporador, titular do empreendimento imobiliário e vendedor do bem, e (c) o adquirente, como devedor-fiduciante, que obtém o financiamento para adquirir o imóvel, hipótese em que se formalizaria um contrato de compra e venda, mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária de imóvel em garantia.⁴⁰

Na segunda hipótese, figurariam como partes somente o incorporador e o adquirente, em operação que se formalizaria um contrato de compra e venda, com pagamento parcelado e um contrato de alienação fiduciária em garantia, sendo vendedor e credor-fiduciário o incorporador e comprador e devedor-fiduciante o adquirente do imóvel.

³⁹ Diversos artigos publicados em jornais de circulação nacional, à época da promulgação da Lei nº 9.514/97 divulgaram notícias nesse sentido. O mesmo ocorreu nas obras publicadas pelos autores Melhim Namem Chalhub, Marcelo Terra e Ubirayr Ferreira Vaz e Mario Pazutti Mezzari utilizadas neste trabalho e indicadas nas referências bibliográficas.

⁴⁰ Cf. Anexo II.

Por fim, a situação em que a incorporadora, proprietária do terreno, obtém financiamento da entidade financeira para construção do empreendimento imobiliário, alienando fiduciariamente o imóvel como garantia do mútuo.

É admissível, ainda, que terceiro alheio à obrigação, por razões de amizade ou interesse, contrate alienação fiduciária em garantia bem imóvel que lhe pertence, conforme já decidiu o STJ: “No mútuo garantido por alienação fiduciária, o mutuário nem sempre é o alienante...” (REsp. 16.242-SP). Neste caso, a posse direta, a pretensão real e o direito patrimonial são do terceiro garantidor (fiduciante) e não o devedor.⁴¹

2.3 Requisitos objetivos

O legislador, através do já mencionado parágrafo único do art. 22, admitiu a transferência de imóvel *concluído ou em construção*. A redação do texto traz à tona seguinte questão: teria a lei, ao exigir que o imóvel esteja concluído ou em construção, vedado essa modalidade de garantia para o financiamento de construções?

Ora, se não fosse admitido o financiamento da construção pelo simples fato de que a garantia não pode recair sobre terreno ineditado, seria reconhecer a perda do cunho social da lei, que é, ao menos em tese, o combate do déficit habitacional brasileiro. Nesse sentido, seria inconcebível exigir do construtor que inicialmente providenciasse as fundações do edifício (processo altamente oneroso), para somente depois recorrer ao mercado financeiro e pleitear financiamento. Não é crível imaginar que o legislador tivesse a intenção de que o construtor corresse os riscos de, após todo o projeto desenvolvido e as fundações prontas, não obter o financiamento. Como salienta MEZZARI: “o legislador foi infeliz, redigiu mal, e termos de conviver com essa má redação”.⁴²

Assim, interpretando a lei dentro do contexto no qual social no qual se insere, entende-se que o que a lei não quer aceitar é que a garantia fiduciária recaia em terrenos ineditados sem que o financiamento se destine à edificação. Assim, é possível que seja

⁴¹ MEZZARI, op. cit., p. 51.

⁴² Ibid., p. 30.

objeto da alienação fiduciária em garantia qualquer imóvel, ainda que não edificado, desde que o financiamento se destine a erigir nele qualquer espécie de construção.

Sem embargo dessa imperfeição redacional, surge, aqui, a possibilidade de ser contratada a alienação fiduciária em garantia de frações ideais do terreno objeto do financiamento e as acessões que sobre ele vierem a ser erigidas,⁴³ o que justifica a antevisão alhures mencionada, de que a incorporação imobiliária será o principal caso de utilização do instituto da alienação fiduciária de imóveis em garantia. É exatamente nesta possibilidade – aliada à ausência de restrição quanto às pessoas legitimadas na contratação – que se vislumbra a intenção de proporcionar estímulo à indústria da construção civil.

Convém salientar que – a exemplo do que ocorre na constituição do ônus hipotecário –, nas situações de financiamento de unidades residenciais em condomínio, a alienação fiduciária em garantia, firmada com o adquirente de fração autônoma, compreende a edificação com base na fração ideal do solo e na proporção de seu desenvolvimento⁴⁴. Nestes casos, uma vez quitada a quantia devida pelo adquirente da unidade imobiliária, deve ser extinta a garantia, sendo abusiva qualquer estipulação que condicione a extinção do gravame à quitação da totalidade das unidades.

Nesse sentido, já decidiu a jurisprudência, *in verbis*:

Se a construtora, para viabilizar empreendimento, obtém financiamento da construção com garantia hipotecária não só do terreno como das próprias unidades residenciais, não é admissível que os compromissários-compradores dos imóveis respondam pelas obrigações da devedora perante a instituição imobiliária, pois se alienação foi consentida pelo credor hipotecário, competia a este notificar os adquirentes de boa-fé dos efeitos da hipoteca se o devedor hipotecário se tornasse inadimplente.⁴⁵

Em que pese o fato de ser muito provável que a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel seja utilizada apenas para acautelar o pagamento de dívidas relativas à financiamento de imóveis, alguns doutrinadores entendem que a Lei nº

⁴³ De acordo com o art. 623, III, do Código Civil, o condômino pode transferir para outrem ou gravar a respectiva parte indivisa.

⁴⁴ DINIZ, *op. cit.*, p. 371.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Alçada Civil de São Paulo. Apelação Cível n. 378.569. Relator: Juiz Pinheiro Franco. 11 nov.1987. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 746, p. 107-113, dez. 1997.

9.514/97 permite, também, sua contratação na garantia de débitos que sejam oriundos das operações de mútuo destinados a capital de giro ou a crédito (fixo ou rotativo) direto ao consumidor, hipótese em que o devedor fiduciante transfere a propriedade de um imóvel que já lhe pertencia antes do surgimento da dívida⁴⁶. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, na Súmula 28, que “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.⁴⁷

Aliás, seria inconcebível que a nova modalidade de garantia, criada dar agilidade aos interesses dos credores, ficasse restrita tão somente ao mundo dos negócios imobiliários.

2.4 Requisitos formais

O art. 38 da Lei nº 9.514/97 dispõe que *Os contratos da aplicação desta Lei, quando celebrados por pessoa física, beneficiária final da operação, poderão ser formalizados por instrumento particular, não se aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil.*⁴⁸ Diversamente, subentende-se que quando envolver pessoa jurídica o contrato deverá ser obrigatoriamente celebrado por instrumento público.

É possível que a alienação fiduciária em garantia seja contratada em instrumento diverso e em momento posterior ao da celebração do contrato principal (de que resulta o crédito a ser garantido). Todavia, a prática do mercado tem demonstrado que ambos são, com frequência, celebrados concomitantemente.

Por se tratar de um contrato que exige, para a constituição da propriedade fiduciária, o registro do contrato no Registro de Imóveis, a Lei nº 9.514/97, trouxe, em seu art. 40, uma modificação, no sentido de incluir no inciso I do art. 167 da Lei nº 6.015/73 a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

⁴⁶ CHALHUB, op. cit., p. 206.

⁴⁷ A Súmula 28, do STJ, dispõe que “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”. (Theotonio Negrão, op. cit. p.715).

⁴⁸ A Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania chegou, sem sucesso, a propor uma Emenda ao Projeto original da Câmara dos Deputados, no sentido de tornar obrigatória a celebração de tais contratos, independentemente da qualidade das partes, somente através de escritura pública.

Com efeito, no interregno entre a celebração do contrato de alienação fiduciária em garantia e seu registro surge, para o credor-fiduciário, apenas um direito potestativo à constituição da propriedade fiduciária, o qual pode ser exercido a qualquer momento enquanto existir o crédito, excetuada a hipótese de terceiro já ter registrado contrato de mesma natureza.⁴⁹ É que os direitos que regulam a relação jurídica entre credor-fiduciário e devedor-fiduciante somente nascem após a constituição da propriedade fiduciária, a qual surge com o advento do registro, no Registro de Imóveis, do contrato de alienação fiduciária em garantia.

Isto se justifica pelo texto contido nos arts. 533 e 856, parágrafo único, ambos do Código Civil, que dizem respeito à *publicidade* (pelo qual se assegura a validade e eficácia dos direitos reais erga omnes); à *continuidade* (concernente, em relação a cada imóvel, numa cadeia de titularidade, sem a qual não se fará o registro de uma alienação se o outorgante não figurar como titular daquele imóvel); e à *prioridade* (pelo qual, num concurso de direito real sobre imóvel, os assentamentos se classificam conforme uma relação de precedência fundada na ordem cronológica de sua apresentação no Registro de Imóveis).⁵⁰

Além de outros serviços a serem executados pelo Registro de Imóveis oriundos da Lei nº 9.514/97, os atos registrares relacionados com o contrato de alienação fiduciária em garantia são os seguintes: (a) a constituição da propriedade fiduciária, mediante registro do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel (art. 23), (b) cancelamento do registro da propriedade fiduciária (art. 25, § 2º); (c) caracterização da mora do fiduciante (art. 26 e seus parágrafos); e (d) registro da consolidação da propriedade em nome do fiduciário.⁵¹

Portanto, para não comprometer o sucesso da lei e dar segurança e eficácia a estes atos, como bem salienta o advogado e assessor jurídico do IRIB, ex-Magistrado titular de uma das Varas de Registros Públicos da Capital de São Paulo, Gilberto Valente da Silva - em sua obra *Breves considerações sobre a Lei 9.514*, apresentada no Encontro

⁴⁹ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 148.

⁵⁰ CHALHUB, op. cit., p. 244.

⁵¹ No Anexo III encontram-se os modelos dos atos a serem assentados no Registro de imóveis, de acordo com as sugestões da doutrina.

de Catanduva, São Paulo -, no desempenho de seu mister, ao Oficial do Registro de Imóveis não cabe examinar, do ponto de vista econômico ou sociológico, se a lei é boa ou ruim, mas apenas verificar se os requisitos inscritos no art. 24 estão integralmente presentes no contrato; se, de acordo com a hipótese concreta, o instrumento público é ou não exigível; o momento em que será exigido o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*.⁵²

2.5 Conteúdo

O art. 24 da Lei nº 9.514/97, ao dispor sobre os requisitos do contrato, foi muito além daqueles contidos no art. 761, do Código Civil, que se aplicam aos contratos de penhor, hipoteca e anticrese, pois definiu claramente uma série de elementos que, necessariamente, devem fazer parte das cláusulas enunciadas no instrumento firmado entre as partes.

Inicialmente, o valor do principal da dívida deverá ser expresso em moeda corrente brasileira, consoante determina o art. 1º da Medida Provisória nº 1.675, de 27/08/98. Embora não seja regra geral, é possível que não se saiba exatamente o valor da dívida no momento da formalização do contrato, tal como ocorre em alguns contratos de fornecimento de material de construção sem orçamento detalhado. Nesta hipótese, o contrato deverá estabelecer o limite máximo pelo qual o imóvel responde, tendo em vista a necessidade de haver a estipulação de um valor, ainda que estimativo, da dívida.

Em seguida, devem estar claramente especificados o prazo para a reposição do capital mutuado e condições de pagamento, podendo ser desde um até vários meses, sendo possível, inclusive, que se estipulem de prazos de carência antes do início do pagamento das prestações.

No tocante à taxa de juros e encargos incidentes, o art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988, dispõe que *As taxas de juros reais [...] não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos em que a lei determinar.*

⁵² *Apud* VAZ, op. cit., p. 42.

Embora haja decisões em sentido contrário, deve prevalecer o entendimento de que essa limitação de juros é auto-aplicável, uma vez que (I) a edição de norma regulamentadora só afetaria a parte final do dispositivo e (II) ainda que viesse a afetar o aludido limite, só o faria para reduzi-lo, nunca para aumentá-lo. Aliás, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem decidido nesse sentido, *in verbis*:

“As normas constitucionais são, de regra, auto-aplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. [...] o que deve o intérprete fazer, diante de um texto constitucional de duvidosa auto-aplicabilidade, é verificar se lhe é possível, mediante os processos de integração, integrar a norma à ordem jurídica.

“É o caso da ‘taxa de juros reais’ inscrita no §3º do art. 192 da Constituição, que tem conceito jurídico indeterminado, e que, por isso mesmo, deve o juiz concretizar-lhe o conceito, que isto constitui característica da função constitucional” (RTJ 147/816, Min. Carlos Velloso).

A limitação constitucional ao juros reais é medida de importância sócio-econômica invulgar, significando, na lição de MacPherson, que “... as normas sociais e os valores éticos devem prevalecer sobre os valores do mercado impessoal ou pelo menos resistir a eles”.⁵³

No tocante aos encargos, deve-se atentar à proteção conferida ao devedor fiduciante pelo legislador, através do Código de Defesa do Consumidor, o qual, sem sombra de dúvidas, aplica-se às relações advindas não apenas entre incorporadoras e adquirentes de unidade autônomas residenciais, mas também entre estes e as instituições financeiras, fomentadoras por excelência da construção civil.

Nesse sentido:

“Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula Penal. Limitação em 10%. 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, §2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco...”⁵⁴

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 97.013136-4, Americana Granitos do Brasil Ltda. e Ernest Ulrich Prill e Banco do Brasil S. A. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. 04 jun. 1998. *Base de Acórdãos do TJ/SC (1983 a 1998)*. Diretoria de Infra-Estrutura / TJSC.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 57.974. Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *In Diário da Justiça da União*. Brasília, 29 maio 1995. p. 15524.

Outro elemento imprescindível no contrato firmado é a descrição do imóvel, o qual, de acordo com o art. 225 da Lei nº 6.015/73, deve ser descrito de modo a individualizá-lo, em respeito ao princípio da especialidade no sistema registral imobiliário brasileiro. Todavia, se o imóvel já estiver descrito na matrícula ou transcrição imobiliária respectiva, e desde que se trate de escritura pública, essa identificação, por opção do notário e sempre que o imóvel for urbano, pode ser substituída pelo indicação do endereço completo, conforme o art. 2º da Lei nº 7.433, de 18/12/85.⁵⁵

Não se poderia olvidar da cláusula de constituição de propriedade fiduciária, uma vez que não basta que o contrato seja denominado de alienação fiduciária de imóveis em garantia, sendo imperiosa a inclusão de cláusula que obrigue o retorno do bem ao devedor, tão logo seja pago o débito.

Além disso, mister se faz a indicação do título e modo de aquisição, sendo suficiente que se faça expressa referência à matrícula ou ao registro anterior, seu número e cartório, como exigido no art. 232, da Lei dos Registros Públicos.

Requisito, ainda, essencial no contrato, é a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão. Contrariamente à regra do art. 818, do Código Civil, o qual apenas facultou aos contratantes da hipoteca, a inclusão do valor do imóvel, por ocasião do leilão do imóvel ofertado em garantia, desta vez o legislador entendeu ser obrigatória tal inclusão, para evitar querelas futuras quanto ao efetivo valor do bem.⁵⁶

Para a hipótese mais comum de operação imobiliária com alienação fiduciária, em que figurarão como partes o incorporador, o comprador e a financiadora, deverão merecer destaque no instrumento de financiamento, compra e venda e alienação fiduciária, deve ser destacada a cláusula que firma o pacto de alienação do imóvel ao credor-fiduciário; a que institui o desdobramento da posse (direta ao devedor-fiduciante e indireta ao credor-fiduciário); a que imputa ao fiduciante o dever de zelo e guarda do

⁵⁵ MEZZARI, op. cit., p. 41.

⁵⁶ O Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB), efetuou de 14 a 16 de setembro, em São Paulo – SP, o XXV ENCONTRO DOS OFICIAIS DE REGISTRO DE IMÓVEIS DO BRASIL, que contou com a participação de diversos nomes respeitados no Direito Registral Imobiliário, culminando na elaboração de modelos que poderão ser utilizados na transcrição do registro.

imóvel; a que possibilita ao devedor a alienação de seu direitos relativos ao contrato; e, por corolário, a que dispõe sobre o procedimento a ser adotado na hipótese de ser necessário o leilão do imóvel.

Por fim, o art. 26, § 2º da Lei nº 9.514/97 impôs a necessidade de definir o prazo de carência para que seja expedida a intimação para o devedor-fiduciante purgar a mora, na hipótese de não pagar a dívida na forma e modo convencionados. Trata-se de um prazo de tolerância, durante o qual o credor se obriga a esperar, passivamente a inadimplência do devedor. Na verdade, o legislador poderia muito bem ter incluído tal exigência no próprio art. 24, no qual se encontram todos os demais requisitos contratuais, não havendo um motivo que justificasse que essa exigência fosse feita separadamente.

Enquanto o advogado paulista Marcelo TERRA sugere que esse prazo seja de 10 dias, o mercado tem tolerado o equivalente ao atraso de duas prestações. Obviamente, não é recomendável que seja um prazo muito longo, pois a demora apenas iria comprometer a pretendida celeridade na recuperação do imóvel, princípio norteador da lei.

Embora a lei não comine pena de nulidade ao contrato de alienação fiduciária que não tiver o prazo de carência, o risco será suportado unicamente pelo credor, que não saberá quando poderá começar o processo de retomada do bem.⁵⁷

2.6 Cessão da posição contratual

A década de 90 trouxe, em seu bojo, não apenas a criação dos blocos econômicos, tais como o Nafta, o MERCOSUL e a União Européia, mas também a globalização da economia, proporcionando um elevado crescimento do investimento de capital estrangeiro em países denominados emergentes.

Especialistas da área imobiliária no Brasil, cientes dos efeitos dessa tendência mundial, criaram um mecanismo que pudesse atrair esse capital, através do mercado de capitais na compra de títulos. Assim, através da Lei nº 9.514/97, foi instituída a Companhia Securitizadora Imobiliária (arts. 8º e 9º), a qual - após adquirir os créditos

⁵⁷ MEZZARI, op. cit. p. 45.

das instituições que financiam a construção do imóvel – emite títulos lastreados nesses créditos (Certificados de Recebíveis Imobiliários – arts. 6º e 7º), vendendo-os aos investidores estrangeiros no mercado financeiro. A CIBRAESC – Companhia Brasileira de Securitização, criada em 31/07/97, em São Paulo, é a primeira empresa desse ramo.⁵⁸

Desta forma, o credor-fiduciário, por ser proprietário, ainda que resolúvel, pode ceder seus direitos a terceiros e o adquirente sub-roga-se nos direitos perante o devedor-fiduciante, inclusive no que tange à propriedade, se e quando paga a dívida.

Com efeito, o art. 28 da Lei nº 9.514/97 dispõe que *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*. Tal disposição, notadamente, é consequência do art. 59, do Código Civil, que aduz que o acessório segue o principal.

Como resposta aos anseios de uma maior agilização e eficácia na transferência de direitos creditícios, o legislador preferiu, no art. 35 da mesma lei, dispensar a notificação do devedor-fiduciante nas cessões de crédito

De outro lado, o devedor-fiduciante, na qualidade de titular de um direito real, ainda que expectativo, também pode, durante a vigência do contrato de alienação fiduciária em garantia, transmitir seus direitos a terceiros. É o que dispõe o art. 29 da Lei nº 9.514/97: *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*. O cessionário passa a ser titular do direito expectativo que antes pertencia ao cedente, obrigando-se, em contrapartida, a cumprir fielmente as obrigações inerentes ao contrato principal garantido pelo acessório.

Caso não haja a anuência do credor-fiduciário a cessão só gerará efeitos entre cedente e cessionário, ficando este impedido de exercer seus direitos de fiduciante enquanto aquele permanece obrigado, perante o credor-fiduciário, a quitar o débito garantido pela propriedade fiduciária.

⁵⁸ Ibid., p. 5.

A propósito, é bom lembrar que como essa transferência envolve transmissão de direito sobre bem imóvel, constitui hipótese de incidência do imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI).

Por fim, deve-se ressaltar a necessidade de averbação dessa transferência no Registro Imobiliário, uma vez que deve restar claramente consignado o nome do beneficiário, por ocasião da extinção da propriedade fiduciária, tanto na hipótese de integral pagamento do débito, quanto na de notificação para purga da mora, em havendo inadimplemento da obrigação.

3 A propriedade fiduciária

3.1 Noções preliminares

Como já mencionado, o art. 22 da Lei nº 9.514/97 dispõe que *A alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, a propriedade resolúvel de coisa imóvel.* Ademais, o próprio art. 33 assevera que *Aplicam-se à propriedade fiduciária, no que couber, as disposições dos arts. 647 e 648 do Código Civil.*

O texto legal leva a crer, a princípio, que a propriedade fiduciária tem as mesmas características da propriedade resolúvel, submetendo-se, por isso, às regras contidas nos arts. 647 e 648, do Código Civil. Todavia, se assim, de fato, fosse, o adquirente teria assegurado, para si, os direitos de propriedade insculpidos no art. 524, do Código Civil, podendo usar e gozar da coisa, o que é impossível na propriedade fiduciária.

Desta forma, para que se apreenda a verdadeira sistemática adotada pela Lei, mormente as diferenças existentes entre essas duas espécies de propriedade, bem como as características da propriedade fiduciária decorrente da alienação fiduciária em garantia, é necessária a revisão de conceitos básicos de Direito Civil.

Convém salientar, ainda, que a propriedade fiduciária em tela, nada tem a ver com aquela do Decreto-Lei nº 911/69, que se refere a bens móveis e sobre o qual já existe substancial contribuição doutrinária e jurisprudencial. A propriedade fiduciária

da Lei nº 9.514/97, por outro lado, conta com escassa literatura, motivo pelo qual é objeto desta Monografia.

3.1.1 O direito de propriedade

O direito de propriedade é o mais importante e sólido de todos os direitos subjetivos, pois é a pedra fundamental de todo o direito privado, motivo pelo qual, para defini-lo, é necessário que se conheça seus caracteres e elementos constitutivos.

O art. 527 do Código Civil declara que “o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário”. Pelo fato de ser exclusivo, a mesma coisa não pode pertencer simultaneamente a duas ou mais pessoas, pois, acerca do mesmo objeto, o direito de um exclui o de outro. De outro lado, a ausência de limitação, que atribui ao direito de propriedade o caráter de absoluto, consiste no poder do proprietário em dispor da coisa como lhe for conveniente, devendo ser mantido e produzindo os efeitos desejados.

Pelo fato de a propriedade ser absoluta e exclusiva, decorre que ela é também irrevogável ou perpétua, no sentido de que subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa que a extinga.

Tendo em mente esses atributos, é possível – à luz do que dispõe o art. 524 do Código Civil – definir o direito de propriedade como sendo o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua.

Tais faculdades correspondem aos mesmos caracteres da propriedade romana, *jus utendi* (o direito de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lha a substância), *jus fruendi* (a faculdade de frutificar a coisa, sem alterar-lhe a substância) e o *jus abutendi* (o poder de alienar a coisa, de gravá-la e de submetê-la ao serviço de outrem). À guisa de exemplo, usar uma propriedade é habitá-la; dela gozar, é alugá-la; e, por fim, dela dispor, é vendê-la ou demoli-la.⁵⁹

⁵⁹ MONTEIRO, op. cit., p. 92.

3.1.2 A propriedade resolúvel

Embora exista no Código Civil um capítulo específico acerca da propriedade resolúvel (arts. 647 e 648), a mesma não foi definida, sendo apenas estabelecidas as consequências da resolução do domínio, em relação aos direitos reais concedidos na sua pendência.

Todavia, tem-se definido a propriedade resolúvel como aquela em cujo ato de constituição é inserida uma cláusula que prevê a sua extinção, verificado o advento de determinada condição ou termo. Observa-se, portanto, que a propriedade resolúvel tem todas as características da propriedade comum, já enumeradas, exceto a irrevogabilidade, sendo assegurados ao proprietário todos os demais direitos contidos no art. 524, do Código Civil.

Nesse mesmo sentido, MOREIRA ALVES lembra que a propriedade resolúvel disciplinada pelo Código Civil possibilita que o proprietário, *pendente condicione*, tem todas as faculdades jurídicas que formam o conteúdo da propriedade plena, com a restrição apenas, de poder vir a deixar de ser proprietário se se verificar a condição resolutiva.⁶⁰

Ademais, apesar de não existir no Código Civil nenhum contrato típico ou específico do qual decorra a propriedade resolúvel, existe, em diversos contratos, a possibilidade de inclusão de cláusulas que prevêm a extinção da propriedade, *verbi gratia*, a cláusula de reversão, inserida na doação (art. 1.174); a cláusula de substituição do herdeiros, legatário ou donatário (fideicomisso), inserida na disposição testamentária ou na doação (art. 1.733); a cláusula que estabelece o pacto de retrovenda, inclusa no contrato de compra e venda (art. 1.140 e seguintes); a cláusula que estabelece o pacto de melhor comprador, inserida no contrato de compra e venda (art. 1.158 e seguintes); e a cláusula que estabelece o desfazimento da venda, quando não pago o preço até certo dia (pacto comissório) inserida no contrato de compra e venda (art. 1.163).

Vale lembrar, para fins de comparação com a propriedade fiduciária, que na propriedade resolúvel decorrente das cláusulas acima mencionadas, a consolidação da propriedade ocorre independentemente de novo registro, bastando a averbação do

⁶⁰ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 163.

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

3.2 Natureza, características e conceito da propriedade fiduciária

MOREIRA ALVES, citando autores modernos, como L. Arndts, Pugliatti e J. Castan Tobeñas, sustenta que o direito de propriedade se constitui por uma unidade orgânica de faculdades jurídicas que pode sofrer limitações de tal ordem que seu conteúdo se reduz a mero título jurídico, tal como ocorre quando se constitui uma enfiteuse.⁶¹

Tais reduções não retiram as características do direito de propriedade, uma vez que, cessadas as causas que deram origem às limitações, ela retorna ao seu conteúdo original. Justamente por essa capacidade de ser objeto de ampliações ou reduções, em quantidade ou intensidade, a doutrina passou a mencionar o fenômeno da *elasticidade da propriedade*. O domínio possui, assim, a característica de ser *elástico*, pois, por ação de pressão exterior, tem suas faculdades jurídicas reduzidas, mas, após desaparecer o elemento compressor, ele volta a apresentar o seu conteúdo com a amplitude originária.

É exatamente isso que sucede com a propriedade fiduciária, pois se trata de uma propriedade que possui, além das limitações próprias de uma propriedade resolúvel, restrições de cunho legal para atender a função precípua de garantia para a qual foi criada. Enquanto existir tal função, a lei atua como elemento de compressão sobre o conteúdo do domínio atribuído ao credor. Após cessado o fim de garantia, desaparece a pressão, e, por via de consequência, a propriedade retoma sua plenitude anterior.

Desta maneira, *pendente condicione iuris* o credor é titular de domínio bastante restrito que é a propriedade fiduciária. Todavia, não pago o débito pelo devedor, aliena o credor o bem a terceiro, o qual, por seu turno, adquire o domínio pleno da coisa, sem qualquer violação ao princípio de que *ninguém pode alienar mais do que*

⁶¹ Ibid., p. 165.

possui, porquanto com a cessação do escopo de garantia – e, logo, da compressão – o alienante recupera o domínio pleno da coisa.

Assim, as peculiaridades próprias da propriedade fiduciária, cuja resolubilidade resulta da verificação da *condicio iuris*, tornam-na em vários aspectos diferente da propriedade resolúvel oriunda da condição estabelecida pela vontade das partes. Com efeito, como já se verificou, enquanto a propriedade resolúvel é uma propriedade limitada apenas no tempo, mantendo-se intactos os demais direitos elementares, na alienação fiduciária em garantia, diversamente, há limitação ou supressão de outros direitos elementares, conforme se verá no momento oportuno.

O Tabelião e Registrador no interior do Estado do Rio de Janeiro Ubirayr Ferreira VAZ, chega a salientar que, na verdade:

A única coisa em comum entre a propriedade resolúvel e a propriedade fiduciária é a sua revogabilidade. Assim, apenas pela sua característica de resolubilidade, a propriedade fiduciária foi designada, uma única vez, na lei, como propriedade resolúvel [...] As características que a Lei 9.514 empresta à propriedade fiduciária, dentre as quais se destaca o escopo de garantia e a divisão da posse, são totalmente distintas daquelas existentes na propriedade resolúvel até então conhecidas.⁶²

Orlando GOMES, acerca do tema, leciona que o titular da propriedade fiduciária não tem a propriedade plena do bem, bem como não tem sua propriedade definitiva, pois aquilo que adquiriu não passa de uma propriedade temporária, sujeita a condição resolutiva.⁶³

MOREIRA ALVES aponta que a propriedade fiduciária não possui a mesma estrutura da propriedade resolúvel, por que enquanto não adimplida a obrigação pelo devedor, ou seja, *pendente condicione iuris*, o proprietário fiduciário não desfruta de todas as faculdades jurídicas pertencentes à propriedade plena, tais como o uso e gozo da mesma, porque é da essência da propriedade fiduciária o desdobramento da posse.⁶⁴

⁶² VAZ, Op. cit., p. 33.

⁶³ GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 74.

⁶⁴ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 163.

Por esse motivo, a doutrina é pacífica no sentido de afirmar que a propriedade fiduciária, além da limitação própria da propriedade resolúvel, possui, por imposição legal, a restrição caracterizada pelo fim de garantia, impedindo que o credor-fiduciário exerça plenamente seu direito de propriedade, enquanto não frustrada a condição resolutiva.

Todavia, em que pese o fato de a doutrina ser clara ao apontar que a propriedade fiduciária se submete, durante todo o período de sua existência, às restrições impostas pelo escopo de garantia, indaga-se: até que ponto esse fim atinge os direitos do credor-fiduciário? Quais seriam, na prática, essas restrições?

Para responder essa pergunta, deve-se lembrar que a propriedade fiduciária é, como determina o próprio texto legal, resolúvel, o que, por si só, já afasta o princípio da irrevogabilidade do direito de propriedade, conforme expressamente reconhece Orlando GOMES.⁶⁵ Todavia, a principal característica da propriedade fiduciária se situa na revogação do princípio da exclusividade do direito de propriedade, que se traduz na possibilidade de o credor-fiduciário e o devedor-fiduciante se encontrarem, simultaneamente e relativamente ao mesmo imóvel, na qualidade de proprietários sob condição resolutiva e suspensiva, respectivamente.

Ademais, por força de estar o objeto do contrato garantindo o pagamento de uma dívida, cai por terra o princípio de que o direito da propriedade é ilimitado ou absoluto, uma vez que não pode o credor dispor ou vender.

Feitas estas considerações, conceitua-se a propriedade fiduciária oriunda da alienação fiduciária em garantia com uma espécie de domínio que, por virtude do título de sua constituição, é revogável (resolúvel), transitório (temporário) e possui, como principal característica, atribuir ao credor-fiduciário, por imposição legal, o ônus de exercer sua propriedade de forma limitada.

Verifica-se, pois, que enquanto na propriedade resolúvel há a derrogação apenas do princípio da irrevogabilidade da propriedade (uma vez que esta passa a ter duração limitada), na propriedade fiduciária também são afetados o princípio da exclusividade (ocorre o desmembramento de certas parcelas em direitos separados em

⁶⁵ VAZ, op. cit., p. 60.

favor de terceiros) e do caráter absoluto (o proprietário não pode dispor da coisa como lhe convier).⁶⁶

Trata-se, na verdade, de um direito que não se confunde com qualquer dos direitos reais limitados de garantia já existentes, como o penhor, a hipoteca e a anticrese, por que nestes o titular da garantia tem um direito real na coisa alheia, enquanto que na propriedade fiduciária o titular da garantia é o titular de direito de propriedade, ainda que limitado pelo caráter fiduciário.

A propriedade fiduciária decorrente da alienação fiduciária em garantia não se encaixa, *a priori*, em nenhuma das categorias dogmáticas existentes em nosso direito das coisas. Por isso, alguns doutrinadores, como J. C. MOREIRA ALVES, chegam a apontar a propriedade fiduciária como sendo uma nova espécie de propriedade limitada, a par daquelas que se encontram arroladas no art. 525, do Código Civil.

3.3 A propriedade fiduciária, pendente o pagamento da dívida

3.3.1 A constituição da propriedade fiduciária

O art. 23 da Lei nº 9.514/97, ao dispor que *Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título*, estabeleceu que a propriedade fiduciária necessita desse registro para ser válida. O legislador, desta vez, ao contrário do que ocorreu no Decreto-Lei nº 911/69 – o qual não explicitou o princípio de que esta modalidade de propriedade somente se constitui com o registro –, preferiu esclarecer o assunto, a exemplo do que ocorre com a hipoteca.⁶⁷

Com efeito, é requisito essencial para a constituição da propriedade fiduciária o registro do contrato de alienação fiduciária no Registro de Imóveis competente, dado que nosso sistema de transmissão imobiliária adota o registro como modo de aquisição da propriedade ou qualquer direito real sobre imóveis.

⁶⁶ MONTEIRO, op. cit., p. 91.

⁶⁷ Art. 848, do Código Civil: *As hipotecas somente valem contra terceiros, desde a data da inscrição. Enquanto não inscritas, as hipotecas só subsistem entre os contraentes.*

O condicionamento do surgimento da propriedade fiduciária ao registro do contrato de alienação fiduciária em garantia torna possível que um terceiro, ao registrar primeiro um contrato semelhante sobre o mesmo imóvel - ainda que celebrado posteriormente -, se torne proprietário do imóvel objeto dos contratos. Isso porque é do registro que nasce o direito real, e não do contrato a ser registrado. Este é o título de aquisição; aquele, modo de aquisição.

Sem embargo do direito de ação genericamente assegurado pela lei processual civil, derivam da Lei nº 9.514/97 ações especificamente aplicáveis em razão da peculiar estrutura desse novel instituto jurídico, dentre as quais menciona-se, de forma destacada, aquelas que visam dar eficácia ao direito do credor-fiduciário, mormente a de **reintegração de posse**, e as que visam a tutela dos direitos do devedor-fiduciante, como a **execução por obrigação de fazer**, em face do credor que se nega a dar-lhe quitação, as **ações possessórias**, em face de quem ameaçar a posse direta que o fiduciante estiver exercendo em razão de lei e do contrato e, finalmente, a **ação reivindicatória**, contra quem impedir a tomada de posse, pelo fiduciante, no imóvel alienado.

Há que se frisar, ainda, que as próprias partes, poderão, ao teor art. 34 da Lei nº 9.514/97, prever que os litígios *sejam dirimidos mediante arbitragem, nos termos do disposto na Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996*. Na verdade, embora inserido de forma isolada no contexto da Lei, tal disposição pode ser muito importante, uma vez que, conforme é sabido, o instituto da arbitragem, se explorado de forma competente, pode diminuir muito o número de conflitos levado às instâncias judiciais.

Por fim, dado o relevante interesse que merece, convém ressaltar que a transferência da propriedade do imóvel, por ocasião do registro da propriedade fiduciária, não representam fato gerador do imposto *inter vivos* de bem imóvel (ITBI), uma vez que o art. 156, II, da Constituição Federal, expressamente prevê que não ocorre a incidência do imposto nas hipóteses de transferência de bens para fins de garantia.

Aliás, a exigência desse imposto certamente iria comprometer a proliferação do uso e, conseqüentemente, do sucesso do instituto criado.

3.3.2 Posição jurídica do devedor-fiduciante

Face às diferenças existentes entre a propriedade fiduciária e a propriedade resolúvel, a doutrina, desde a introdução do instituto da alienação fiduciária de bens

móveis em garantia no Brasil, através da nº Lei 4.728, de 14/07/65, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 911/69, tem procurado definir, com clareza, de que direitos é titular o fiduciante.

Com a ampliação do instituto, mediante a inclusão dos bens imóveis, através do Lei nº 9.514/97, essa discussão ganhou novos ares, pois o art. 17, § 1º, ao estabelecer, de forma expressa, que a garantia decorrente do registro do contrato da alienação fiduciária é direito real, referiu-se apenas ao direito do credor-fiduciário, e não do devedor-fiduciante.⁶⁸

Em sua recente obra intitulada *Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel – Reflexos no Registro de Imóveis*, Ubirayr Ferreira VAZ traz a posição dos mais renomados juristas da área acerca do tema, asseverando:

Não obstante os conceitos emitidos por Narciso Orlandi Neto e pelos eminentes juristas por ele citado, o direito do fiduciante: (a) é semelhante aos do compromissário comprador, com contrato registrado (Narciso Orlandi Neto); (b) contém pretensão restitutória de natureza real (Caio Mário, que cita Orlando Gomes e Pontes de Miranda); (c) tem características de direito real (Narciso Orlandi Neto); (d) é direito eventual à recuperação da propriedade, direito eventual esse que é real (José Carlos Moreira Alves); (e) a pretensão restitutória não pode deixar de ter, nessa engrenagem, natureza real (Orlando Gomes); e (f) tem colorido real o direito do fiduciante (Narciso Orlandi Neto).⁶⁹

A esses posicionamentos, acrescenta-se a lição de Melhin Namem CHALHUB, membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros, para o qual o fiduciante tem, contra o fiduciário ou contra quem quer que o tenha sucedido no crédito e, conseqüentemente, na propriedade fiduciária, uma pretensão de natureza real, pois é de natureza real o direito expectativo à reversão da propriedade.⁷⁰

Em se tratando de propriedade resolúvel - e, logo, de propriedade fiduciária -, chega-se à conclusão de que o fiduciante é titular de direito expectativo à aquisição da propriedade. Enquanto não paga a obrigação assumida, figura, pois, o devedor-

⁶⁸ Enquanto o art. 17 dispõe que *As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por: ... IV – alienação fiduciária de coisa imóvel*, o § 1º dispõe que *As garantias a que se referem os incisos, II, III e IV deste artigo constituem direito real sobre os respectivos objetos.*

⁶⁹ VAZ, op. cit., p. 49.

⁷⁰ CHALHUB, op. cit., p. 110.

fiduciante, como um proprietário potencial, titular de um direito expectativo que será concretizado tão logo pague a dívida.

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

É exatamente isso que ocorre na propriedade fiduciária da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, na qual o desdobramento da posse em indireta e direta resulta do disposto no parágrafo único do art. 23 da Lei nº 9.514/97, que dispõe: *Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.*

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

A consequência disso é que ao fiduciante, por ser titular dos *iura possidendi, utendi e fruendi*, é permitido efetuar obra nova ou acrescentar acessões ou benfeitorias, cujos valores, embora passem a integrar a garantia, ser-lhe-ão restituídas na hipótese de ocorrer o leilão. Pode, também, exercer todos os direitos de legítimo possuidor e defender sua posse direta, através do manejo de ações reais contra quem quer que pratique esbulho ou turbação, inclusive contra o próprio adquirente (que é possuidor indireto).

Com efeito, de acordo com os arts. 485 e 499 do Código Civil,⁷¹ aquele que detém, de fato, o exercício de algum dos poderes do domínio é possuidor e, como tal, tem legitimidade para propor ação possessória sempre que for ameaçado ou esbulhado na sua posse.

Fruto desse entendimento, é possível que o devedor-fiduciante, na qualidade de possuidor direto, faça uso dos interditos possessórios de manutenção, reintegração e

⁷¹ Enquanto o art. 485 dispõe que *Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade*, o art. 499 aduz que *O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho.*

proibição, nos termos dos arts. 924 a 933, do Código de Processo Civil, para defesa seu imóvel em que se encontra, inclusive contra o credor-fiduciário.

Desta forma, para exercer este direito que lhe assiste, deve o devedor-fiduciante comprovar, na **ação de manutenção de posse**: (I) a sua posse; (II) a turbação praticada pelo réu; (III) a data da turbação; (IV) a continuação da posse, embora turbada. Por outro lado, na **ação de reintegração de posse**, deve ele provar: (I) a sua posse; (II) a ameaça da turbação ou esbulho por parte do réu; (III) a data da ameaça; e (IV) o justo receio de ser efetivada a ameaça.⁷²

Além dos requisitos já mencionados, no que tange aos requisitos do art. 282, do Código de Processo Civil, salienta-se que o fiduciante provará sua posse com o contrato de alienação fiduciária, pelo qual, em razão do desdobramento da posse, conservou a posse indireta, e com os comprovantes de que está adimplente em relação ao contrato.

Em contrapartida, o alienante, no exercício desses direitos, não pode praticar atos que venham a ferir o direito do credor. Exemplo clássico desse cuidado que o alienante deve ter é o de observar, na guarda e conservação da coisa, o cuidado e a diligência que costuma ter com o que lhe pertence, do art. 1.266, do Código Civil.

Outra questão que pode causar polêmica é a possibilidade do devedor-fiduciante figurar no pólo ativo da **ação reivindicatória**, na hipótese de, na vigência do contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, tenha ou não se imitado na posse do imóvel, defrontar-se com um terceiro, portador de algum título, no imóvel.

Alguns poderiam argumentar que não é possível o manejo da reivindicatória - cuja interposição é admitida apenas pelo proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário - uma vez que o devedor-fiduciante, na vigência do contrato, não figura como proprietário do imóvel.

Todavia, tal tese imerece ser acolhida, pois o fato de o devedor figurar como proprietário sob condição suspensiva, sendo titular, de uma pretensão restitutória de

⁷² CHALHUB, op. cit., p. 239.

natureza real, ou seja, um direito eventual à recuperação da propriedade, permite a utilização da ação reivindicatória.

Orlando Gomes, a respeito do direito do credor-fiduciário, discorre que:

o credor não exerce direito algum na própria coisa, pois o direito que tem é ao seu valor, tanto que a preferência se exerce sobre o preço da venda judicial. Nos direitos reais de garantia não se concretiza aquele direito que consiste no poder de opô-los *erga omnes*, visto que só a determinadas pessoas pode ser oposto. Mostra-se que, tanto no penhor como na anticrese e na hipoteca, o credor não exerce na coisa direito algum que seja desmembramento da propriedade. Afirma-se que, em conclusão, que a esses direitos faltam os caracteres dos direitos reais.⁷³

Ora, da exposição acima, pode-se concluir que a preferência atribuída ao credor fiduciário só pode ser exercida contra outros credores e não a todo e qualquer indivíduo. Em face destes, quem possui legitimidade para reivindicar o bem é o devedor-fiduciante, titular de uma expectativa de direito.

Nesta senda, assevera Orlando Gomes: “Na qualidade de proprietário em cujo favor se opera a resolução, pode o fiduciante reivindicar a coisa de quem a detenha”.⁷⁴

3.3.3 Posição jurídica do credor-fiduciário

Com a alienação fiduciária, o adquirente-fiduciário se torna titular da propriedade fiduciária, a qual é limitada de forma excepcional pelo escopo de garantia para a qual foi constituída. Com efeito, enquanto na propriedade resolúvel o credor goza de todas as faculdades jurídicas que integram o conteúdo do domínio, na propriedade fiduciária ele (adquirente) não dispõe da posse direta sobre a coisa, nem pode usar ou fruir dela.

Todavia, o direito do credor-fiduciário é um direito real, por estar assim definido na Lei nº 9.514/97, diferentemente do direito que é atribuído ao titular da propriedade resolúvel. Na verdade, apesar de ser extremamente eficaz, esse é o único resquício de direito em favor do credor, porquanto o fim de garantia advindo da alienação fiduciária traduz-se no excesso de restrições do seu direito de propriedade.

⁷³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 10ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990, p. 325-326.

⁷⁴ *Ibid.* p. 335.

Não obstante o fato de ser titular de domínio bastante restrito, é possível o manejo, pelo credor, de ações reais que protejam não apenas a propriedade sobre coisas imóveis, mas também a posse, por ser possuidor indireto, face o desdobramento da posse insculpido no parágrafo único do art. 23.

Para que o credor-adquirente se torne titular da propriedade plena do imóvel, é necessário que reste configurado o inadimplemento do devedor-alienante, bem como o registro da consolidação da propriedade em seu nome. Ainda que efetuado tal registro, a propriedade não se tornará plena (perfeita) para o fiduciário, continuando limitada na sua disposição,⁷⁵ uma vez que não poderá decidir sobre a sua conveniência, oportunidade e forma, já que vinculado aos procedimentos previstos na Lei nº 9.514/97.

Tendo em vista tais considerações, constata-se que as limitações decorrentes do escopo de garantia oriundas do contrato de alienação fiduciária em garantia, cessam apenas após a quitação ofertada ao devedor ou da restituição do montante obtido na venda do imóvel em hasta pública.

3.3.4 A propriedade fiduciária perante a falência

Através do mecanismo da propriedade resolúvel, na contratação da alienação fiduciária em garantia, o credor obtém a propriedade fiduciária, comprometendo-se a não usá-la em seu interesse próprio, apenas a conservando para fins de garantia. Tendo em vista essa limitação, o devedor-fiduciante pode ter a certeza de que a coisa alienada fiduciariamente ser-lhe-á restituída na ocorrência do pagamento da dívida, independente da vontade do credor-fiduciário.

A garantia de que os bens objetos da contratação serão destinados única e exclusivamente para o objetivo estipulado pelas partes é consequência da idéia do patrimônio de afetação,⁷⁶ pelo qual (a) os bens são colocados à margem das eventualidades econômicas possíveis de afetar o fiduciante e o fiduciário e (b) as faculdades do titular do patrimônio separado são preteridas em prol daquelas necessárias à consecução dos fins para os quais a afetação foi estabelecida.⁷⁷

⁷⁵ VAZ, op. cit., p. 63.

⁷⁶ Cf. item 1.4.

⁷⁷ CHALHUB, op. cit., p. 87.

Face à peculiar situação que caracteriza a alienação fiduciária de imóveis em garantia, na qual, simultaneamente, credor-fiduciário e devedor-fiduciante são titulares, o primeiro sob condição resolutiva e o segundo sob condição suspensiva, do direito real de aquisição da propriedade fiduciária, o patrimônio de afetação socorre a ambos, dependendo de quem seja alvo de dificuldades econômicas.

Com efeito, na hipótese de, ainda que pago o débito pelo devedor-fiduciante, ocorrer a falência do credor-fiduciário, o direito real daquele continua valendo contra os credores deste, haja visto *a propriedade foi transferida unicamente para o fim de garantia, não para o uso ou gozo do seu titular provisório*.⁷⁸ Assim, se o fiduciante pagar integralmente a dívida, com as parcelas de amortização e demais encargos da dívida, até sua integral satisfação, nos termos em que foi contratado, terá restituída para si a propriedade plena do bem ofertado em garantia, em detrimento dos demais eventuais credores do fiduciário, pois uma propriedade resolúvel não se converte em definitiva somente porque o titular quebrou.

Do mesmo modo, uma vez verificada a falência do devedor-fiduciante, decai a sua pretensão restitutória. Com efeito, o art. 32 da Lei nº 9.514/97 dispõe que *Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente*. É que ao se contratar a alienação fiduciária em garantia e se constituir a propriedade fiduciária em nome do credor-fiduciário, o objeto ofertado em garantia é excluído do ativo do devedor-fiduciante e, portanto, não fazendo parte da massa falida.

A propósito, a exclusão do bem alienado fiduciariamente da massa falida do fiduciante constitui-se num dos maiores atrativos para os credores, porquanto na utilização da hipoteca não há esta possibilidade, pois não há a transferência da propriedade, mas apenas a instituição do gravame, permanecendo o imóvel no patrimônio do devedor.

Assim, mantém-se intocável o direito do credor-fiduciário, estando legitimado a promover todas as medidas legais necessárias à proteção de seu crédito, fazendo jus ao

⁷⁸ GOMES, op. cit., p. 131.

completo recebimento da quantia garantida, operando-se, após o pagamento, a devolução do bem que servia de garantia.

Aliás, nesse sentido é pacífica a jurisprudência, *in verbis*: “A propriedade fiduciária do credor, por ser propriedade, embora limitada pelo fim de garantia, o enquadra, sem qualquer dúvida, entre os credores por títulos não sujeitos a rateio na falência” (STF, RE 83.198-MG).⁷⁹

Narciso Orlandi Neto, ex-Juiz de Registros Públicos de São Paulo/SP e atual Juiz do 2º Tribunal de Alçada do Estado, autor do trabalho publicado no Boletim do IRIB de novembro de 1997, sob o título Alienação Fiduciária de Bens Imóveis (Breve Ensaio) -, aduz que o credor:

não se subordina nem sequer aos privilégios, como a dívida da Fazenda e os créditos trabalhistas. Como o bem, durante a garantia, não integra o patrimônio do fiduciante, não poderá responder por essas dívidas. Os demais credores têm, no patrimônio do fiduciante, apenas os direitos aquisitivos e a posse direta, que têm expressão econômica.⁸⁰

3.3.5 A propriedade fiduciária e a instituição de ônus

No que tange à compatibilidade do instituto com os imóveis onerados, a doutrina diverge. Enquanto alguns entendem que eles não podem ser alienados fiduciariamente,⁸¹ outros sustentam que imóveis gravados com hipoteca, usufruto, uso, habitação ou anticrese, bem como os arrestados, seqüestrados, penhorados, podem, ao menos em tese, ser alienados fiduciariamente, embora admitam que ocorra desinteresse dos credores, ante a desvalorização do bem.⁸²

Essa discrepância permanece na hipótese de instituição de ônus sobre imóveis anteriormente alienados fiduciariamente. Nesse sentido, a jurisprudência já decidiu: “O bem alienado fiduciariamente não pode ser penhorado, pois não é propriedade do devedor e, sim, do credor (STF, RE 88.059-SP). Ou ainda: “Não sendo propriedade do

⁷⁹ MEZZARI, op. cit., p. 53.

⁸⁰ *Apud* VAZ, op. cit., 43.

⁸¹ TERRA, op. cit., p. 33.

⁸² MEZZARI, op. cit., p. 31.

devedor mas, sim, do credor, não podem ser objeto de penhora” (STJ – REsp. 11.649-SP).⁸³

Todavia, não há incompatibilidade, sendo perfeitamente possível a coexistência harmônica desses dois institutos, mas com peculiaridades próprias. Com efeito, não obstante possível a constituição de direitos reais sobre o imóvel havido em caráter fiduciário, há a limitação ao advento do termo ou do implemento da condição, porquanto nos termos do art. 647, do Código Civil, resolvido o domínio entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência.

Se o ônus hipotecário visar o direito (limitado e restrito) de propriedade do credor-fiduciário, sujeita-se o credor-hipotecário à resolução de sua hipoteca, ante a consolidação plena da propriedade em nome do devedor-fiduciante que adimplir a dívida. Entretanto, se a hipoteca objetivar o direito (expectativo) de propriedade do devedor-fiduciante, curva-se o credor-hipotecário à possibilidade de eventual ineficácia da garantia, diante do inadimplemento do devedor-fiduciante.

O fato de o devedor não ser proprietário, mas apenas titular de direito expectativo, não afasta a incidência da Lei nº 8.009/90, que prevê a impenhorabilidade do bem de família, de que é exemplo a residência, quando única e destinada a moradia da entidade familiar.

Evidentemente, não poderá o devedor-fiduciante invocar esta impenhorabilidade contra o credor-fiduciário, uma vez que a propriedade não está no seu nome. Ademais, a própria Lei nº 8.009/90 dispõe que não se opõe o bem de família contra execução movida *pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato.*

A alienação fiduciária em garantia merece, ainda, ser confrontada com a Lei nº 8.245/91, de modo a se tentar estabelecer uma interpretação harmônica com o direito de preferência⁸⁴ e o princípio “venda rompe locação”⁸⁵. Convém, a princípio, ressaltar que

⁸³ Ibid., p. 50.

⁸⁴ O art. 27 da Lei do Inquilinato dispõe que *No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o*

são duas as hipóteses possíveis de ocorrer: a) transmissão em garantia de imóvel anteriormente locado; e b) locação de imóvel anteriormente alienado fiduciariamente.⁸⁶

Em qualquer dessas duas situações, entende-se que não há direito de preferência ao inquilino na alienação com escopo de garantia, pois a alienação fiduciária em garantia deve ser entendida como incluída no rol de exceções do art. 32, daquele diploma legal, o qual não é taxativo, conforme sustenta Marcelo TERRA.⁸⁷ É que nesse instituto o objetivo das partes é o de instituir garantia de pagamento de dívida pecuniária e não o de simplesmente comprar e vender, mediante preço em dinheiro. No entanto, em restando caracterizado o inadimplemento da obrigação pelo locador e devedor-fiduciante, o locatário terá preferência na aquisição do imóvel, por ocasião do seu leilão extrajudicial, concorrendo com terceiros interessados.

No que tange ao princípio da “venda rompe locação”, todavia, em sendo esta anterior à transmissão em garantia, deve-se respeitar o direito do inquilino, pois desde que o contrato de locação esteja devidamente registrado, o direito de preferência – que, *a priori*, representa direito meramente pessoal – conforme pondera Nagib SLAIBI FILHO⁸⁸, ganha galas de direito real, oponível, portanto, *erga omnes*.

Sendo o contrato de locação, todavia, posterior ao de alienação fiduciária em garantia, não há que se falar em respeito à locação, pois revogado o domínio, pelo pagamento da dívida, consideram-se cancelados os direitos reais concedidos na

imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

⁸⁵ Já o art. 8º, da Lei do Inquilinato preconiza que *Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.*

⁸⁶ É plenamente possível que o devedor-fiduciante alugue o imóvel alienado fiduciariamente em garantia a terceiros, uma vez que, por força do art. 23, parágrafo único da Lei nº 9.514/97, está na posse direta do imóvel.

⁸⁷ TERRA, op. cit., p. 76.

⁸⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. **Comentários a nova lei do inquilinato**. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 238.

pendência da condição resolutiva⁸⁹, salvo tenha o credor-fiduciário expressamente anuído à locação.

3.4 A propriedade fiduciária, solvido o débito ao vencer-se

Na sistemática delineada na alienação fiduciária em garantia, a propriedade fiduciária está subordinada a uma condição resolutiva, que é o pagamento efetuado pelo devedor-fiduciante. O pagamento representa, assim, o fato jurídico que extingue a obrigação, motivo pelo qual a lei dispõe que, com o pagamento da dívida, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, tendo direito, o fiduciante, ao termo de quitação dentro de 30 dias e ao cancelamento do registro da propriedade fiduciária, seguida da automática reversão da propriedade.

Possui, assim, o fiduciante, direito expectativo de aquisição do imóvel, que supera os limites do direito obrigacional e configura-se como direito real, surgindo para o credor a obrigação de, uma vez concluído integralmente o pagamento, entregar ao fiduciante o termo de quitação, *ex vi* do art. 25, § 1º, da Lei 9.514/97, que dispõe: *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*". Logo adiante, no § 2º, se constata: "*§ 2º À vista de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.*

Contrariamente do que ocorre no Sistema Financeiro da Habitação, no qual a Caixa Econômica Federal e outros agentes podem demorar de seis meses a um ano para fornecer o termo de quitação para o cancelamento da hipoteca, desta vez o legislador preferiu tornar exíguo o prazo para o credor fornecer tal documento.

Além da multa conferida em face do credor pelo atraso na outorga do aludido termo, o art. 639 do Código de Processo Civil,⁹⁰ assegura a possibilidade do ajuizamento

⁸⁹ CHALHUB, op. cit., p.109.

⁹⁰ *Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.*

da **ação de cumprimento de obrigação de fazer**, na qual a sentença produzirá o mesmo efeito da quitação que deveria ser dada, viabilizando o cancelamento da propriedade fiduciária.

A propósito, possui legitimidade ativa para propor a ação mencionada qualquer pessoa que tiver substituído o devedor-fiduciante na relação fiduciária, porque sub-rogado nas suas obrigações, desde que comprove o pagamento da dívida e seus encargos contratuais.

Não obstante exista uma data-limite para que o devedor-fiduciante efetue o pagamento da dívida garantida pela propriedade fiduciária, é possível que o débito seja saldado posteriormente. Com efeito, ainda que a *condicio iuris* se dê – pelo pagamento da obrigação - após o vencimento do débito, mas antes da venda do imóvel a terceiro, a propriedade fiduciária se extingue, voltando o devedor a ser proprietário pleno, por força da resolução. Destarte, ainda que ofertada extemporaneamente a quantia devida pelo devedor-fiduciante, mas desde que aceita pelo titular do crédito garantido, não há maiores problemas; volta o devedor a ser proprietário pleno do domínio sobre a coisa.

Todavia, na hipótese de o credor-fiduciário, sem justa causa, se recusar a receber o montante colocado a sua disposição pelo devedor, resta configurada a *mora accipiendi*, motivo pelo qual o devedor readquire o domínio pleno sobre a coisa alienada. Assim, à guisa de ilustração, se o credor entende que o pagamento oferecido não cobre o valor devido, é possível que o devedor-alienante intente a **ação de consignação em pagamento**, com fulcro no art. 973, I, do Código Civil.⁹¹

Esta parece ser a alternativa mais viável ao devedor-fiduciante, uma vez que a Lei nº 9.514/97 regrou apenas o procedimento intimatório na hipótese de mora do devedor, não cuidando da mora do credor em sua obrigação de receber o crédito, diferentemente do que fez o legislador da Lei nº 6.766/79, que trata do compromisso de compra e venda de lotes de terreno, que previu, no art. 33, da Lei nº 6.766/79, a intimação do credor do preço da venda do lote.⁹²

⁹¹ *A consignação tem lugar se o credor, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na forma devida.*

⁹² TERRA, op. cit., p. 45.

3.5 A propriedade fiduciária, vencida a dívida e não paga

Verificado o inadimplemento da obrigação pelo devedor no vencimento, a Lei nº 9.514/97, estabeleceu procedimentos bastante ágeis, visando a segurança do crédito.

Desta forma, se o alienante deixar de adimplir a obrigação assumida na data ou forma convencionada, quatro fases distintas poderão ocorrer: (a) intimação para purgação da mora; (b) consolidação de plena propriedade em nome do credor-fiduciário; (c) leilão extrajudicial e (d) reintegração de posse, as quais serão analisadas separadamente.

3.5.1 A intimação para purgação da mora

Ainda que vencida a dívida e não paga pelo devedor, não se configura a *condicio iuris* a que está subordinada a propriedade fiduciária, uma vez que é possível não apenas a renúncia da garantia pelo credor, bem como, por outro lado, a purgação da mora pelo devedor.

Da leitura dos §§ 1º a 3º do art. 26 da Lei nº 9.514/97, extrai-se que, após expirado o prazo de carência convencionado, o fiduciante, seu representante legal, ou procurador devidamente constituído, deverá ser pessoalmente intimado, a requerimento do credor-fiduciário, pelo oficial do Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a dívida acrescida de seus encargos.⁹³

O requerimento formulado pelo credor deverá ser instruído com o demonstrativo do débito, nos termos do art. 614 do Código de Processo Civil,⁹⁴ com a discriminação do valor principal, dos juros e demais encargos contratuais.

A intimação poderá, ainda, ser efetuada pelo correio, com a utilização do Aviso de Recebimento – AR, persistindo, todavia, a regra de que deverá ser pessoal, hipótese em que o aludido documento deverá ser assinado pelo próprio devedor.

⁹³ Uma vez que a intimação para purgar a mora é atividade estranha aos Cartórios de Registro de Imóveis, espera-se que poucos registradores tomem a si o mister de efetuá-la, repassando-a ao titular do Ofício de Registro de Títulos e Documentos.

⁹⁴ *Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial: [...] II – com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação ...”*

Logo adiante, no § 6º, extrai-se que *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.* Finalmente, o § 5º do art. 26 da norma em exame, dispõe que *purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.*

3.5.2 A consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário

Uma vez devidamente intimado o devedor-fiduciante e não purgada a mora, pode o credor-fiduciário requerer a consolidação em seu nome do bem ofertado em garantia. É o que se verifica do art. 26, da Lei nº 9.514/97, que reza: *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.*

Tal consolidação, ex vi do § 7º, do art. 26, dá ensejo à incidência do imposto de transmissão *inter vivos* (ITBI ou SISA), a ser paga pelo credor-fiduciário, pois, até esse momento, este era titular apenas de uma propriedade resolúvel, constituída meramente para o fim de garantia. Com efeito, com a inadimplência do devedor-fiduciante, cessa o escopo de garantia, e a consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário passa a ser vista como simples transferência de propriedade, não mais incidindo a exceção do art. 156, II, da Constituição Federal, alhures mencionado.

3.5.3 O leilão extrajudicial

Tão logo consolidada a propriedade em nome do credor-fiduciário, este deverá promover a venda do imóvel em leilão público, no prazo máximo de 30 dias após o registro da consolidação da propriedade em seu nome.

De acordo com o art. 27, § 4º, da Lei nº 9.514/97, *Nos cinco dias que se seguirem a venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar* No § 5º, há a ressalva: *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.* Verificada esta hipótese, o credor, no prazo de cinco dias, a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio, conforme aduz o § 6º, do mesmo artigo.

Observa-se, pois, que a Lei nº 9.514/97, no afã de evitar o locupletamento do credor-fiduciário, estabeleceu um valor mínimo pelo qual o imóvel deve ser vendido (art. 24, VI), convencionado pelas partes. Caso não se consiga tal quantia, deverá o credor promover um segundo leilão, desta vez pelo valor da dívida e seus encargos, tributos, contribuições condominiais, além das despesas do leilão.

Neste segundo leilão será aceito o maior valor oferecido, desde que igual ou maior ao valor da dívida previsto no contrato. Se, por hipótese, o credor obtiver preço superior a este, deverá o credor entregar, no prazo de cinco dias, o *quantum* excedente (art. 27, § 4º).

Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida e encargos, considerar-se-á extinta a dívida e o credor dará, em cinco dias, termo de quitação da dívida, mediante termo próprio (art. 27, §§ 5º e 6º).

A título de exemplo, suponha-se que o imóvel tenha o valor de 10 e a dívida de 7. Assim, se, no primeiro leilão, o lance vencedor for igual ou superior a 10, o credor-fiduciário terá de aceitar a proposta, restituindo a importância excedente (3 ou mais). Se, diversamente, após o insucesso daquela hasta, no segundo leilão, o lance vencedor for: (a) igual ou superior a 7, será necessariamente aceito pelo credor, que irá restituir a quantia que sobejar (acima de 7); (b) inferior a 7, o credor poderá aceitar ou recusar o lance, não restituindo qualquer quantia ao devedor.

Por oportuno, convém ressaltar que já há doutrinadores que vem apontando a inconstitucionalidade do leilão extrajudicial previsto na Lei, uma vez que atribui à autoridade administrativa função eminentemente jurisdicional⁹⁵. Não obstante, o Tribunal de Justiça de São Paulo (Ap. Cív. Nº 229.313-2/6) já sustentou a constitucionalidade do aludido leilão, uma vez que não é vedada a intervenção do Poder Judiciário, ainda que *a posteriori*, no sentido de apreciar eventual lesão de direito.⁹⁶

Como corolário, se, em segundo leilão, não houver o comparecimento de qualquer licitante ou não se obtiver a quantia mínima estipulada, a lei, estranhamente,

⁹⁵ SANTOS, Ernane Fidélis dos. Alienação Fiduciária – coisa imóvel Lei 9.514/97. *Revista de Julgados*. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 68, P. 43-47, jul./set. 1997.

⁹⁶ TERRA, op. cit., p. 54.

não impôs a realização de novos leilões, permitindo que o credor permaneça como seu proprietário pleno, podendo alienar o imóvel se e quando lhe convier.⁹⁷

Ora, é preciso ter em mente o fato de que ao direito sempre repugnou a idéia do credor ficar com o objeto da garantia, *ex vi* do art. 765, do Código Civil, que dispõe: *É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário, a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.*

Nem se diga que tal disposição não se aplica à alienação fiduciária em garantia, uma vez que o Código Civil data de 1916, época em que sequer existia o instituto em comento. Como bem salienta HERKENHOFF, discorrendo acerca do momento histórico da interpretação jurídica, “É necessário verificar como a lei disporia se, no tempo de sua feitura, houvesse os fenômenos que se encontram presentes, no momento em que se interpreta ou aplica a lei”.⁹⁸

Segundo a jurisprudência, o princípio que veda o pacto comissório “se aplica, não só aos direitos expressamente mencionados no art. 765 do C.C., como a todos os atos jurídicos que importem em garantia ao credor.”⁹⁹

Ademais, admitir-se a possibilidade de o credor permanecer com o imóvel na hipótese de ocorrer o inadimplemento da obrigação pelo devedor, seria uma afronta ao Código de Defesa do Consumidor, o qual considera, em seu art. 53, ser nula de pleno direito a cláusula que estabeleça a perda total das prestações em benefício do credor.

3.5.4 A reintegração de posse

De acordo com o art. 23, parágrafo único, da Lei nº 9.514/97, ocorre o desdobramento da posse, permanecendo o credor-fiduciário na posse indireta e o devedor-fiduciante na posse direta da coisa alienada fiduciariamente. Assim, a norma teve o escopo de garantir ao fiduciante o uso e o gozo do imóvel, sem prejuízo do

⁹⁷ Ibid., p. 47.

⁹⁸ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito.** Rio de Janeiro : Forense, 3ª ed., 1994, p. 21.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 82.447. Luíza Daud e Fouad Nasralla. Rel. Min. Moreira Alves. 08 jun. 76. In **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 82, p. 876.

fiduciário, assegurando-se àquele, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do objeto imóvel da alienação fiduciária (art. 24, IV).

Ademais, de acordo com os arts. 485 e 499 do CC, aquele que detém, de fato, o exercício de algum dos poderes do domínio é, juridicamente, possuidor e, como tal, tem legitimidade para propor ação possessória sempre que for ameaçado ou esbulhado na sua posse.

Assim, não solvido o débito em seu vencimento e consolidada a propriedade do imóvel em nome do credor-fiduciário, na forma da lei específica, o devedor-fiduciante está obrigado a entregar ao credor a coisa alienada fiduciariamente, objeto da propriedade fiduciária, sob pena de, não o fazendo, ser considerado esbulhador.

Dessa maneira, verificado o inadimplemento pelo devedor, no todo ou em parte da dívida, ocorre a consolidação da propriedade no fiduciário, com o nascimento, para este ou seus sucessores, do direito de reintegrar-se na posse, desde que cumpridos os requisitos legais relativos à intimação do fiduciante para a purgação da mora, mormente quanto ao caráter pessoal da intimação.

Com efeito, a Lei nº 9.514/97, em seu art. 30, dispõe: *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.*

Há de se salientar que uma das grandes inovações da Lei nº 9.514/97 foi eliminar, de pronto, qualquer dúvida que pudesse surgir, no campo doutrinário ou jurisprudencial, a respeito de qual o remédio processual à disposição do credor-fiduciário ou seus sucessores, evitando, certamente, as controvérsias que surgiram por ocasião da Lei nº 4.728/65.¹⁰⁰

O objetivo da ação de reintegração de posse é, pois, a recuperação da posse perdida por esbulho, que se caracteriza por *qualquer ato molestativo que acarrete ao*

¹⁰⁰ Ver item 1.4

*possuidor, injustamente, a perda da posse,*¹⁰¹ como quando ocorre recusa de restituir a coisa que deve ser restituída.

Do texto legal, deflui, como requisito indispensável para a propositura da ação, a consolidação da propriedade no fiduciário, a qual será provada mediante certidão da matrícula do imóvel, expedida pelo oficial do Registro de Imóveis da qual conste o assentamento respectivo, dando conta de que o fiduciário passou a ser o proprietário pleno do imóvel.

A peça inaugural da ação de reintegração de posse deverá, além dos requisitos genéricos contidos no art. 282 do Código de Processo Civil, especificar, nos termos do art. 927 da mesma lei instrumental, ainda: (I) a posse do autor; (II) o esbulho praticado pelo réu; (III) a data do esbulho; (IV) a perda da posse.

Ao exigir a indicação da data do esbulho, o CPC tem em vista a definição do tipo de interdito, se se trata de ação de força velha ou de força nova, e diz respeito somente à possibilidade de aplicação do procedimento ordinário ou especial com apreciação de medida liminar. Todavia, essa distinção cai por terra no momento em que se verifica que, no termos da Lei nº 9.514/97, a reintegração liminar independente da duração da posse.

¹⁰¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Posse e ações possessórias*. V. I. Curitiba: Juruá, 1994, p. 242.

Considerações finais

Em que pese o exíguo tempo de vigência da lei que instituiu a alienação fiduciária de imóveis em garantia, pode-se afirmar, sem medo de errar, que se trata da mais eficiente forma de garantia de proteção ao crédito existente no direito pátrio.

Com efeito, nos financiamentos de unidades residenciais - situações em que, conforme previsões de mercado, o instituto deve ter sua aplicabilidade mais concentrada -, o adquirente transfere ao credor, a propriedade do imóvel, em garantia do pagamento da dívida. Desta maneira, tendo em vista a finalidade específica dessa transferência, há proteção de ambos os contratantes, pois, o devedor-fiduciante, proprietário sob condição suspensiva, não terá de volta ao seu patrimônio o bem ofertado em garantia enquanto perdurar a dívida. De outro lado, o credor-fiduciário, proprietário sob condição resolutiva, além de não dispor da posse direta, permanece impedido de alienar a coisa como lhe convier, enquanto o devedor estiver em dia com o pagamento da dívida.

Constata-se, pois, que a sistemática adotada é muito simples, o que por si só já bastaria para garantir o sucesso do instituto em nosso sistema jurídico. Entretanto, outros fatores certamente colaboram com esse quadro favorável.

Primeiramente, porque o legislador não fez qualquer espécie de restrição na sua utilização, atribuindo capacidade para figurar como credor-fiduciário tanto às pessoas jurídicas quanto às físicas, diversamente do que ocorre com a alienação fiduciária de móveis em garantia, na qual somente as instituições financeiras o podem.

A possibilidade de cessão da posição contratual do credor-fiduciário também merece ênfase, porquanto no atual estágio de desenvolvimento, no qual tornaram-se marcantes a velocidade de acesso às informações, impera a necessidade de rapidez na circulação do crédito.

Além disso, concedeu-se ao credor, desde que inadimplente o devedor, a faculdade de retomar o bem liminarmente, no exíguo prazo de até 60 dias, sem se questionar acerca do tempo em que o fiduciante esteve na posse do bem. Aliás, isso era impossível na hipoteca, na qual o credor-hipotecário, se e quando obtivesse êxito, era obrigado a aguardar vários meses ou até anos.

Sem embargo dessas vantagens oferecidas ao credor, ao devedor também foi conferida peculiar segurança, uma vez que, pagando a dívida contraída, readquire o domínio automaticamente e independentemente de qualquer ato de disposição do fiduciário, ao contrário do que ocorre nos compromissos de compra e venda.

Ademais, a inclusão da propriedade fiduciária - ainda que sob a titularidade do credor-fiduciário -, num patrimônio de afetação, permite que o bem permaneça protegido dos insucessos de planos econômicos ou más gestões administrativas, garantindo os interesses do devedor adimplente. A propósito, essa segurança foi uma das maiores preocupações do legislador, o qual desejava que os adquirentes de unidades imobiliárias não mais ficassem sujeitos ao risco da falência das empresas de construção civil.

Outro aspecto de primordial importância é a rapidez que a lei imprimiu na outorga do termo de quitação da dívida, que deve ser entregue pelo credor-fiduciário ao devedor-fiduciante no prazo de trinta dias, sob pena de multa.

Em que pese a doutrina ter procurado dar ênfase ao aspecto social do instituto - uma vez que o instituto estudado surgiu juntamente com o novo Sistema Financeiro de Imóveis, instituído para facilitar a aquisição da casa própria -, merece destaque, na verdade, seu cunho altamente econômico, uma vez que o que se procurou, na verdade, foi adaptar uma forma de garantia já ultrapassada, pela sua morosidade, com a necessária rapidez nos processos de consolidação da propriedade em nome do credor, e restituição em nome do devedor.

Nesse contexto, a alienação fiduciária de imóveis em garantia certamente se tornará o instituto jurídico por excelência na contratação de garantias no financiamento de unidades residenciais, proporcionando a expansão do setor de construção de imóveis do Brasil, mormente na hipótese de restar consolidada a previsão mercadológica acerca da volta do investimento no setor imobiliário.

Referências bibliográficas

- BARRAL, Welber. **Paradigmas atuais do mercado**. Florianópolis. Paper. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina.
- BELMONTE, Gecy. Entidades dão apoio ao SFI. **Jornal da Tarde**. São Paulo, 22 out. 1997.
- CAMPO, Sueli; DANTAS, Vera. Novas regras aumentam poder do mutuário. **O Estado de São Paulo**, 8 jun. 1997.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 8ª ed. São Paulo : Saraiva, 1993. V. 4.
- FONSECA, Rodrigo Garcia. Considerações sobre o trust (fidúcia) no direito comparado. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 334, p. 153-190, abr./maio/jun. 1996.
- GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970.
- _____. **Direitos reais**. 10ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- LOBÃO, Édison. Discurso proferido na Tribuna do Senado. 04 ago. 1997. Endereço eletrônico: www.senado.gov.br/web/senador/elobao/Encol_1.htm
- MEZZARI, Mario Pazutti. **Alienação Fiduciária da lei n. 9.514, de 20-11-97** : doutrina modelos legislação. São Paulo : Saraiva, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** : direito das coisas. 10ª ed. São Paulo : Saraiva, 1971.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

- _____. Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro. In **Contratos Nominados**. São Paulo : Saraiva, 1995.
- NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo Civil e legislação processual em vigor**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica** : idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. Florianópolis : OAB/SC Editora. 1999.
- RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia fiduciária** : direito e ações. 2^a ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. Alienação Fiduciária – coisa imóvel Lei 9.514/97. **Revista de Julgados** : Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 68, p. 43-47, jul./set. 1997.
- SCHNEIDER, Simone. Imóvel vira opção para driblar a crise cambial. **Diário Catarinense**. Florianópolis, 28 fev. 1999.
- SLAIBI FILHO, Nagib. **Comentários a nova lei do inquilinato**. 9^a ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária de imóveis em garantia** : Lei nº 9.514/97, primeiras linhas. Porto Alegre : S. Fabris, 1998.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Biblioteca Central. **Normas para apresentação de trabalhos** : referências bibliográficas. 6^a ed. Curitiba : UFPR, 1996.
- _____. **Normas para apresentação de trabalhos** : citações e notas de rodapé. 6^a ed. Curitiba : UFPR, 1996.
- VAZ, Ubirayr Ferreira. **Alienação fiduciária de imóveis em garantia** : reflexos da lei nº 9.514/97 no registro de imóveis. Porto Alegre : S. Fabris, 1998.
- VECCHIA, Rodrigo Della. **Execução específica das obrigações de dar coisa certa**. Florianópolis, 1998. Monografia. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

ANEXOS

*ANEXO I***Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997¹⁰²**

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.

Das entidades**Seção II**

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.

¹⁰² CHALHUB, op. cit., p. 369-384.

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, 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 de 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 se, pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI, observados, quanto a eventual reajuste, os mesmos índices e a mesma periodicidade de incidência e cobrança.

§ 3º Na alienação de unidades em edificação sob o regime da Lei n. 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 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 compõem esse ativo.

Seção V

Da securitização de créditos imobiliários

Art. 8º A securitização de créditos imobiliários é a opção 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 individualização imóvel a que esteja vinculado e indicação do Cartório Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula bem como o número do registro do ato pelo o crédito foi cedido;

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 n. 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 urna 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 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 garantia de excussão por quaisquer dos credores da companhia securitizadora, por mais privilegiados que sejam;

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

§ 1º No Termo de Securitização de Créditos, poder 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 verificar insuficiência do patrimônio separado, promoverá a respectiva recomposição, mediante aditivo ao Termo Securitização de Créditos, nele incluindo outros créditos imobiliários, com observância dos requisitos previstos nesta seção.

§ 3º A realização dos direitos dos beneficiários limitar-se-ão 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 causar por descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária ainda, por desvio da finalidade do patrimônio separado

Art. 13. Ao agente fiduciário são conferidos poderes gerais de representação da comunhão dos beneficiários, inclusive o 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 n. 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.

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 conterá, 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 recebe, 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.

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.

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 tanta dias, a conta, da data da 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 noutra 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, à vista da prova do pagamento, pelo fiduciário, do imposto de transmissão inter vivos, o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário.

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.

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. E 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 subrogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária.

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.

CAPITULO 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 n. 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. As operações de arrendamento mercantil de imóveis não se aplica a legislação pertinente à locação de imóveis residenciais, não residenciais ou comerciais.

Art. 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 art. 134, II, do Código Civil.

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

I - não se aplicam as disposições da Lei n. 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 n. 70, de 21 de novembro de 1966.

Art. 40. Os incisos I e II do art. 167 da Lei n. 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

ANEXO II**CONTRATO DE COMPRA E VENDA, CONFISSÃO DE DÍVIDA E
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA ¹⁰³**

Pelo presente instrumento particular autorizado pela Lei nº 9.514/97, art. 38, é pactuada a compra e venda de imóvel, a concessão de mútuo e a constituição de garantia mediante alienação fiduciária em garantia do imóvel.

PARTES CONTRATANTES**VENDEDORA:**

RUÍNA INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA., empresa brasileira com sede e foro jurídico na cidade de Florianópolis – SC, na Rua Lauro Linhares, 135, sala 404, Trindade, inscrita no CGC/MF sob o número 00.000.000/0000-00, representada na forma do Contrato Social arquivado na JUCESC sob o nº 00000000 aos 30 de fevereiro de 1.998, por seu Diretor e Presidente Paulo da Silveira Gomes, brasileiro, casado, administrador de empresas, inscrito no CPF/MF sob o nº 000.000.000-00, residente e domiciliado na cidade de Florianópolis – SC.

CREDORA-FIDUCIÁRIA:

BANCO IDEAL S/A.: empresa brasileira com sede e foro jurídico na cidade de Florianópolis – SC, à Rua das Amêndoas, 39, sala 201, Centro, inscrita no CGC/MF sob o número 11.111.111/1111-11, representada na forma do Contrato Social arquivado na JUCESC sob o nº 11111111 aos 30 de fevereiro de 1.994, por seu Diretor e Presidente Carlos Valério da Souza, brasileiro, casado, economista, inscrito no CPF/MF sob o nº 111.111.111-11, residente e domiciliado na cidade de Florianópolis – SC.

COMPRADORES E DEVEDORES-FIDUCIANTES:

VILSON SOARES DA CUNHA, professor, inscrito no CPF/MF sob o n. 222.222.222-22, e sua mulher **CARLA ANTUNES COIMBRA**, música, inscrita no COM/MF sob o nº 333.333.333-33, casados pelo regime da comunhão universal de bens aos 02 de outubro de 1989, ambos brasileiros, residentes e domiciliados na cidade de Florianópolis, com endereço na Rua das Acácias, 84, apto. 603.

COMPRA E VENDA

¹⁰³ MEZZARI, op., cit., p. 118-130.

Por este instrumento particular, é pactuada a venda e compra do seguinte imóvel, livre e desembaraçado de quaisquer ônus reais ou impostos, taxas e contribuições, inclusive condominial, bem como de ações reais ou pessoais reipersecutórias:

IMÓVEL:

O APARTAMENTO nº 301 do Condomínio Residencial Rio dos Açores, situado em zona urbana da cidade de Florianópolis, na Rua Barão de Cotegipe, nº 14, localizado no 2º andar ou 3º pavimento, com a área privativa real de 250,00 m², área de uso comum de divisão proporcional de 20,00 m², área de uso comum de divisão não proporcional de 30 m², equivalente a duas vagas na garagem coletiva, totalizando 300 m² de área total, cabendo-lhe a fração ideal de terreno e das coisas comuns de 0,0342. O TERRENO onde assenta o edifício é situado na quadra formada pela Rua 07 de setembro, para o qual faz frente, e Rua Palmeiras, Governador Colombo Sales e Dom Pedro I, distante 18,00m desta última, medindo 20m de frente norte, no lado par da Rua Palmeiras, 45,00m por ambos os lados, dividindo-se a leste com o imóvel nº 460 da Palmeiras (propriedade de Eletrônica Aurora Ltda.) e a oeste com o imóvel nº 216 da Rua Palmeiras (propriedade de Eudes de Oliveira); nos funos mede 28,00m e entesta com um viela sanitária.

REGISTRO IMOBILIÁRIO

Este imóvel foi adquirido pela VENDEDORA conforme escritura pública de compra e venda lavrada aos 08 de junho de 1997 no 1º Tabelionato de Florianópolis, e registrada sob nº R.1-32.000 aos 03 de setembro de 1997, no 10 Registro de Imóveis de Florianópolis.

PREÇO

A venda é feita pelo preço de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com a seguinte especificação de pagamento:

- R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como entrada, pagos neste ato em moeda corrente nacional com recursos próprios.

- R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) pagos com recursos oriundos do mútuo abaixo especificado.

A vendedora, tendo recebido a integralidade do preço, dá plena e geral quitação.

TRANSMISSÃO DE DIREITOS

Neste ato a vendedora cede e transfere aos COMPRADORES todos os direitos, domínio, posse, uso e ações que tinha e exercia sobre o imóvel ora vendido, obrigando-se a fazer esta venda sempre boa, firme e valiosa, por si ou seus sucessores, a qualquer título, bem como responde pelos riscos da evicção e pelos vícios redibitórios. Os COMPRADORES aceitam estas avenças em todos os seus expressos termos.

DECLARAÇÕES DA VENDEDORA

A VENDEDORA, por seu representante legal, presta as seguintes declarações: (1) o apartamento acima descrito integra o ATIVO CIRCULANTE da empresa, não fazendo parte do ativo permanente imobilizado, razão pela qual deixa de apresentar a CND do INSS e a Certidão Negativa da Receita Federal; (2) a empresa nada deve ao condomínio do Edifício Dona Marquesa, relativamente ao apartamento; (3) não existem ações reais ou pessoais reipersecutórias incidentes sobre o imóvel; (4) inexistem quaisquer ônus reais, cláusulas ou gravames incidentes sobre o apartamento.

DECLARAÇÕES DOS COMPRADORES

Os COMPRADORES dispensam a apresentação da certidão de tributos municipais incidentes sobre o imóvel, assumindo a responsabilidade pelo pagamento dos débitos fiscais porventura existentes-

IMPOSTO DE TRANSMISSÃO

O imóvel foi avaliado pela Prefeitura Municipal de Florianópolis em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme guia de avaliação número 20.000/999, datada de 05 de abril de 1998. O imposto de transmissão relativo a esta compra e venda foi pago conforme a guia de recolhimento número 20.000/888, datada de 03 de abril de 1998, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Esta guia acompanhará a via do contrato destinada ao Registro de Imóveis, onde permanecerá arquivada.

MÚTUO

A CREDORA (FIDUCIÁRIA) concede aos DEVEDORES (FIDUCIANTES) um mútuo no valor total de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), destinado a pagar parte do preço de aquisição do imóvel supradescrito.

FORMA DE PAGAMENTO

A dívida será paga em 80 (oitenta) parcelas mensais, cada uma delas no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), vencendo-se a primeira no dia 04 de junho de 1998 e as demais em igual dia dos meses subseqüentes, sendo a última parcela a ser paga no dia 04 de dezembro de 2004.

CORREÇÃO DOS VALORES DAS PRESTAÇÕES

As parcelas serão reajustadas anualmente, pelo índice de variação do CUB/SC ou outro indicador que o substitua e seja representativo do custo de construção básico no Estado. Assim, a 13ª, a 25ª, a 37ª, a 49ª, a 61ª e a 73ª parcelas serão reajustadas pelo índice acumulado dos doze meses anteriores.

JUROS

Sobre os valores corrigidos na forma da cláusula anterior, incidirão ainda juros remuneratórios de 1% (um por cento) ao mês, calculados e devidos mês a mês, pagáveis juntamente com a parcela.

MULTA

O atraso no pagamento da prestação mensal acarretará a imediata incidência de multa contratual igual a 2% (dois por cento) do valor da prestação, que será cobrada juntamente com esta.

CORREÇÃO DO VALOR DA DÍVIDA

O valor da dívida será corrigido anualmente, com base nos mesmos índices de variação do CUB/SC, acrescido de juros remuneratórios de 1% (um por cento) ao mês.

LUGAR DO PAGAMENTO

O lugar do pagamento das prestações aqui pactuadas será o de localização do imóvel. A forma do pagamento dar-se-á mediante depósito na conta corrente n. 000000, na agência 000 do Banco do Estado de Santa Catarina S.A., em nome da CREDORA (FIDUCIÁRIA). Em caso de cessão do crédito, a qualquer título, a CREDORA (FIDUCIÁRIA) obriga-se a pactuar com o cessionário a manutenção do lugar de pagamento na mesma praça, mediante sistema semelhante.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Conforme autorizado no art. 22 e seguintes da Lei n. 9.514/97, em garantia do pagamento da dívida confessada de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), na forma e prazos estabelecidos na cláusula anterior, os DEVEDORES (FIDUCIANTES) alienam fiduciariamente o apartamento supradescrito.

Fica, em consequência, constituída a propriedade fiduciária sobre o imóvel, em favor da CREDORA (FIDUCIÁRIA).

A garantia fiduciária abrange o imóvel e todas as acessões, benfeitorias, melhoramentos, construções e instalações.

Aplica-se à garantia ora constituída o princípio da indivisibilidade, ou seja, vigorará íntegra até o cumprimento da última obrigação dos DEVEDORES (FIDUCIANTES).

POSSE

Os DEVEDORES (FIDUCIANTES) ficarão na posse direta do imóvel, devendo zelar e cuidar dele, mantendo-o no mesmo estado de conservação hoje existente, nos termos do "Laudo de Vistoria" anexo ao presente contrato. A partir desta

data, é de responsabilidade exclusiva dos DEVEDORES (FIDUCIANTES) o pagamento de quaisquer impostos, taxas ou contribuições incidentes sobre o imóvel.

BENFEITORIAS

Os DEVEDORES (FIDUCIANTES) ficam autorizados a fazer no imóvel todas e quaisquer benfeitorias necessárias, de manutenção e conservação do imóvel. Quaisquer outras benfeitorias, úteis ou voluptuárias, somente poderão ser promovidas de comum acordo entre os DEVEDORES (FIDUCIANTES) com a CREDORA (FIDUCIÁRIA), por termo escrito. A realização pelos DEVEDORES (FIDUCIANTES) de benfeitorias que contravenham ao disposto nesta cláusula caracterizará má-fé dos DEVEDORES (FIDUCIANTES). Entre outras conseqüências, a critério da CREDORA (FIDUCIÁRIA), acarretará a rescisão contratual, com vencimento antecipado da dívida, que será exigível em uma só vez e imediatamente.

Os DEVEDORES (FIDUCIANTES) declaram conhecer o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/97, que, em resumo, estabelece:

I - a indenização por benfeitorias feitas no imóvel somente ocorrerá se houver licitante em leilão do imóvel;

II - o valor da indenização nunca será superior ao saldo que sobejar, depois de deduzidos todo o saldo da dívida e demais acréscimos autorizados pela lei;

III - não havendo a venda do imóvel em leilão, não haverá nenhum direito de indenização das benfeitorias;

IV - em qualquer caso, jamais haverá direito de retenção por benfeitorias, mesmo que estas sejam autorizadas pelo CREDOR (FIDUCIÁRIO), porque a Lei n. 9.514/97 expressamente exclui este direito (§ 4º *in fine*, do art. 27).

VILSON SOARES DA CUNHA

CARLA ANTUNES COIMBRA

AVALIAÇÃO DO IMÓVEL

Para os efeitos do disposto no art. 24, VI, da Lei n. 9.514/97, as partes avaliam este apartamento em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Este valor será reajustado mensalmente, no dia 04 de cada mês, corrigido com base no índice de variação do CUB/SC do mês anterior, ou outro critério que vier a ser utilizado para apuração do custo de construção no Estado. Os reajustes serão automáticos, independentemente de termo escrito ou acordo entre os contratantes, sendo que o primeiro reajuste será feito no dia 04 de junho de 1998.

PRAZO DE CARÊNCIA

O atraso no pagamento de duas ou mais prestações conferirá à CREDORA (FIDUCIÁRIA) o direito de intimar os DEVEDORES (FIDUCIANTES), na forma e para os efeitos do art. 26 da Lei nº 9.514/97. Qualquer tolerância que venha a admitir atrasos maiores do que o aqui pactuado será mera opção pessoal da CREDORA

(FIDUCIÁRIA), e não se constituirá em gerador de direitos aos DEVEDORES (FIDUCIANTES).

INADIMPLÊNCIA

A não-purgação da mora decorrente da intimação prevista na cláusula anterior acarretará a perda da pretensão real dos DEVEDORES (FIDUCIANTES) de recuperarem a propriedade do imóvel, gerando a rescisão plena deste contrato e consolidando a propriedade do imóvel na pessoa da CREDORA (FIDUCIÁRIA)

PROCURAÇÕES

Pelo presente instrumento e na melhor forma de direito, os DEVEDORES (FIDUCIANTES) constituem como procurador, de modo irrevogável e irretroatável, sob pena de rescisão contratual, o advogado AUGUSTO ALVES COIMBRA, OAB/SC nº 17.000, brasileiro, casado, com escritório profissional à Rua Andrade Pereira, nº 125, sala 201, nesta Cidade de Florianópolis, pessoa por eles escolhida e de sua inteira confiança, para assessorá-los na feitura deste contrato e deles ser procurador até solução final deste contrato. O procurador, no exercício do mandato ora constituído, poderá: (1) receber em nome dos mandantes a intimação de que trata o § 1º do art. 26 da Lei nº 9.514/97, quando resultar infrutífera a tentativa do Registro de Imóveis (ou do Registro de Títulos e Documentos) em intimá-los pessoalmente, bastando para tal fim que o Oficial do Registro certifique não haver logrado a intimação pessoal dos DEVEDORES (FIDUCIANTES), seja por qual motivo legal for; (2) receber, em nome dos mandantes, o Termo de Quitação de que trata o § 6º do art. 27 da Lei n. 9.514/97, sempre que estes pessoalmente não o procurarem junto à credora, no prazo legal em que este deve ser fornecido, ou seja, 5 (cinco) dias; e (3) receber, em nome dos mandantes, o Termo de Quitação de que trata o § 1º do art. 25, destinado ao cancelamento da propriedade fiduciária, sempre que estes pessoalmente não o procurarem junto à credora, no prazo legal em que este deve ser fornecido, ou seja, 30 (trinta) dias.

O procurador nomeado assina este contrato, aceitando o mandato que lhe é outorgado.

Caso ocorra substituição do procurador, esta deverá ser comunicada diretamente à CREDORA (FIDUCIÁRIA) no prazo máximo de 15 (quinze) dias, sob pena de rescisão do contrato de financiamento, acarretando o vencimento antecipado da dívida.

Pelo presente instrumento, os DEVEDORES (FIDUCIANTES) constituem-se, mútua e reciprocamente, procuradores um do outro, com todos os poderes necessários para receber citações, intimações, notificações ou interpelações em qualquer procedimento, judicial ou não, que decorra da aplicação deste contrato.

Caso ocorra recusa dos DEVEDORES (FIDUCIANTES) e/ou do procurador supraconstituído em dar-se por regularmente intimado, por não aceitação da intimação ou recusa em assinar seu recebimento, fica autorizado o Oficial do Registro de Imóveis correspondente, após certificar a não-consecução da intimação pessoal, a fazer a publicação de editais previstos no § 4º do art. 26 da Lei nº 9.514/97.

VILSON SOARES DA CUNHA
CARLA ANTUNES COIMBRA

1º E 2º LEILÕES

A intimação dos DEVEDORES (FIDUCIANTES), feita nos termos das cláusulas anteriores, constituir-se-á também em notificação para que estes, ou o procurador, acompanhem todos os atos relativos aos leilões exigidos no art. 27 da Lei n. 9.514/97. É pacto deste instrumento que, em caso de serem necessários leilões, deverá o DEVEDOR (FIDUCIANTE), após ser intimado e no caso de não purgar a mora, manter contato com a CREDORA (FIDUCIÁRIA), a fim de saber quando e onde serão realizados os leilões, ficando esta desobrigada de nova comunicação, intimação ou notificação, judicial ou extrajudicial.

A não-presença dos DEVEDORES (FIDUCIANTES) ou do procurador nos leilões caracterizará desinteresse destes nos procedimentos e trâmites adotados pela CREDORA (FIDUCIÁRIA), mas não gerará qualquer direito ou óbice aos leilões e suas conseqüências.

Os leilões serão intermediados por leiloeiro oficial e precedidos de publicação de, ao menos, um edital com antecedência mínima de 10 (dez) dias do primeiro leilão, contendo especificações sobre a realização do primeiro e da possível realização do segundo leilão.

DECLARAÇÕES DOS DEVEDORES (FIDUCIANTES)

Os DEVEDORES (FIDUCIANTES) declaram sob as penas da lei: (1) que não são contribuintes da Previdência Social na condição de empregadores, estando dispensados da apresentação de CND do INSS e de Certidão Negativa da Receita Federal; e (2) que não existe sobre o imóvel nenhuma ação real ou pessoal reipersecutória, nem qualquer espécie de ônus real, cláusula ou gravame.

DECLARAÇÃO DO DEVEDOR (FIDUCIANTE) NÃO CASADO

Declara(m) o(s) DEVEDOR(ES) (FIDUCIANTE(S)) que, não sendo casado(s), não se encontra(m) na constância de união estável prevista na Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.

OBRIGAÇÕES DOS DEVEDORES (FIDUCIANTES)

Os DEVEDORES (FIDUCIANTES) obrigam-se, sob pena de rescisão contratual e vencimento antecipado da dívida, a:

- 1) pagar todas as prestações e acréscimos legais e contratuais na forma e datas aprezadas;
- 2) manter o imóvel em perfeitas condições de uso;
- 3) pagar todos os impostos, taxas, contribuições e demais encargos incidentes sobre o imóvel;

4) averbar, dentro de 30 (trinta) dias, no Registro de Imóveis onde o imóvel está matriculado, qualquer alteração de seu estado civil bem como a constância ou rompimento de união estável prevista na Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.

Caso haja recusa do Registro de Imóveis quanto à averbação desta última circunstância, obrigam-se os DEVEDORES (FIDUCIANTES) a comunicar a CREDORA (FIDUCIÁRIA) por escrito, dentro de 30 (trinta) dias.

ARBITRAGEM

Qualquer litígio ou controvérsia entre as partes signatárias deste contrato será dirimido somente mediante arbitragem, nos termos do disposto na Lei n. 9.307, de 24 de setembro de 1996, sob as condições gerais nela reguladas e sob as seguintes condições especiais:

1) A arbitragem terá cunho eminentemente jurídico, e darse-á com a aplicação estrita das regras da Lei n. 9.514/97 e, subsidiariamente, dos princípios gerais de direito e dos usos e bons costumes.

2) O agente arbitral a ser utilizado será o disponível e habilitado na praça ou na cidade mais acessível a ambas as partes, proferindo decisão singular, desnecessário submeter a decisão a órgão colegiado.

3) A parte que requerer a arbitragem comunicará a outra, pela via postal com a utilização do sistema "mão própria", sendo bastante sua entrega no endereço declarado neste contrato no item relativo à identificação das partes, salvo comunicação prévia e escrita de que outro endereço foi adotado.

VILSON SOARES DA CUNHA

CARLA ANTUNES COIMBRA

AUTORIZAÇÃO PARA SECURITIZAR O CRÉDITO

O CREDOR (FIDUCIÁRIO) fica expressamente autorizado a negociar seu crédito, por qualquer modalidade legal, podendo o mesmo vir a ser securitizado, nos termos e para os efeitos do art. 8º, da Lei n. 9.514/97.

As partes requerem e autorizam ao Registro de Imóveis a feitura dos atos de registro da compra e venda e da alienação fiduciária suprapactuadas, bem como os de averbação que se fizerem necessários.

E por estarem assim justos e contratados, firmam o presente instrumento em 5 (cinco) vias de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo nomeadas e qualificadas. Comprometem-se mutuamente a transmitir a seus sucessores, a qualquer título, todas as condições aqui pactuadas, de forma que a outra parte jamais poderá ser demandada ou contra ela ser alegada exceção pelos sucessores, por desconhecimento de qualquer das condições deste contrato. Uma das vias destina-se ao arquivamento no Registro de Imóveis, uma para o procurador nomeado e as outras três para as partes contratantes.

Florianópolis, 04 (quatro) de maio de 1998 (mil novecentos e noventa e oito).

VILSON SOARES DA CUNHA
CARLA ANTUNES COIMBRA
RUÍNA INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA.
BANCO IDEAL S/A.

AUGUSTO ALVES COIMBRA, OAB/SC nº 17.000

Testemunhas:

ROBERTO SIMONI ANTUNES, brasileiro, casado, comerciante, CPF/MF n. 666.666. 666/77, residente e domiciliado em Florianópolis, na Rua 07 de Maio, 76, Centro

TOMÁS SEVERINO GOUVEIA, brasileiro, casado, bancário, CPF/MF n. 888.666. 888/77, residente e domiciliado em Florianópolis, na Rua das Gaivotas, 154, Centro.

ANEXAR AO CONTRATO:

- 1) prova de legitimidade do representante da(s) pessoa(s) jurídicas, em documento autêntico (original ou cópia autenticada);
- 2) caso o imóvel integre o ativo permanente imobilizado da empresa, não será feita a declaração (I) no corpo do contrato, devendo ser anexadas CND do INSS e Certidão Negativa da Receita Federal;
- 3) caso não seja feita a declaração (2) no corpo do contrato, deverá ser anexado o comprovante de o imóvel estar em dia com as contribuições condominiais (firmado pelo síndico ou pela administradora);
- 4) certidão de propriedade, com negativa de ônus e de registros de ações reais ou pessoais reipersecutórias, emitida pelo Registro de Imóveis;
- 5) guia de pagamento do imposto de transmissão;
- 6) instrumento de mandato, quando uma das partes for representada por procurador, em instrumento autêntico (original ou cópia autenticada);
- 7) caso os compradores não assumam a responsabilidade pelos eventuais débitos fiscais do imóvel junto à municipalidade, apresentar certidão de tributos municipais incidentes sobre o imóvel.

ANEXO III**ATOS DE REGISTRO**¹⁰⁴**1- FINANCIAMENTO, AQUISIÇÃO DO IMÓVEL E SUA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

IMÓVEL - Rua _____, nº ____, no ___ Distrito do município de _____, Estado de _____, compreendendo prédio próprio para moradia e respectivo terreno, que mede ___ m de largura na frente, igual largura nos fundos, por ___ m de extensão de frente a fundos, por ambos os lados, confrontando à direita com o prédio nº ____ da Rua _____, sendo o prédio composto de _____, com área construída de ___ m². **PROPRIETÁRIOS** - _____ (qualificação), casado com _____, pelo regime da _____, portadores das carteiras de identidade nºs _____ e _____, emitidas pelo _____, inscritos no CPF sob os nºs _____ e _____, respectivamente. **REGISTRO ANTERIOR** - L __, fls. __, nº __, de __/__/__. X.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.x.

R- __/___ - **COMPRA E VENDA** - _____ e sua mulher, _____ (qualificação), venderam a _____, casado com _____ (qualificação), o imóvel objeto desta matrícula, pelo preço de R\$ _____, através de instrumento particular de compra e venda, financiamento e pacto adjeto de alienação fiduciária datado de __/__/__. O imposto de transmissão, no valor de R\$ _____, foi pago em __/__/__, pela guia nº ____, recolhida ao Banco _____, com autenticação mecânica nº _____, __/__/__. X.x.x.x.x.x.x.

R. __/___ - **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA** - Os adquirentes identificados e qualificados no R. __, Pelo mesmo instrumento do R. __, na qualidade de devedores-fiduciantes, alienaram fiduciariamente o imóvel matriculado pelo valor de R\$ _____ ao Banco _____, em garantia do empréstimo do mesmo valor, ficando constituída, por este registro, a propriedade fiduciária do imóvel do R.-/ ~, sendo proprietário fiduciário o Banco identificado neste registro, devendo o empréstimo ser pago em __ meses, com juros de ___% ao ano, reajuste monetário e demais encargos constantes do contrato, tudo nos termos do art. 22 e seguintes da Lei nº 9.514/97, tendo as partes atribuído ao imóvel o valor de R\$ _____, para os efeitos do art. 24, VI, da supracitada lei. _____, __/__/__ x.*

¹⁰⁴ CHALHUB, op. cit., p. 247-253.

5) CESSÃO DO DIREITO DE AQUISIÇÃO

R. ___/___ - CESSÃO DE DIREITOS - O fiduciante, com a anuência do credor-fiduciário, transmitiu a _____ (qualificação) os direitos de que é titular sobre o imóvel objeto desta matrícula, assim como as suas obrigações decorrentes do empréstimo fiduciário, nas condições do contrato, pelo valor de R\$ _____, _____, ___/___/___ .XX*