



CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
Pós-Graduação em Direito e Gestão Imobiliária

Kátia Reis Pereira dos Santos

**Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel:
relativização nas decisões judiciais**

**Salvador
2017**

Kátia Reis Pereira dos Santos

**Alienação Fiduciária de coisa Imóvel:
relativização nas decisões judiciais**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito para a obtenção de título de especialista em Direito e Gestão Imobiliária, sob a orientação do Professor Bernardo Chezzi.

**Salvador
2017**

TERMO DE APROVAÇÃO

Kátia Reis Pereira dos Santos

Alienação Fiduciária de coisa Imóvel: relativização nas decisões judiciais

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito e Gestão Imobiliária, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2017.

Dedico o presente trabalho ao meu marido Alexandre Sampaio e a meu filho Caio Negrão que estiveram ao meu lado em todo momento, não medindo esforços para que eu concluísse mais uma etapa em minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade de ter me concedido o dom da vida, o bem maior;

Aos meus pais, pelos princípios e valores que norteiam a minha caminhada;

Agradeço a Alexandre, marido e companheiro, por toda paciência, compreensão, dedicação para amenizar o meu cansaço e todo amor que sempre me concedeu;

Ao meu filho Caio, agradeço o incentivo e apoio incondicional;

A Rodrigo Sampaio, cunhado e amigo, pelo apoio e orientação que permitiu a finalização desse trabalho;

À Faculdade Baiana, por ter proporcionado um curso de excelência com professores altamente qualificados;

E ao professor Bernardo Chezzi, por ter o cuidado de fazer um curso que atendesse a toda essa mescla de profissionais do crédito imobiliário;

Aos meus amigos de caminhada, por terem esclarecido muitas dúvidas na área do Direito;

À Cyrela, empresa que acredita que todos podem evoluir juntos, que ajudou a construir esse sonho, proporcionando condições para esta conquista;

A todos que fizeram parte do meu sonho e que, mesmo à distância, incentivaram e ajudaram na elaboração e conclusão dessa monografia.

“O juiz não é nomeado para fazer
favores com a justiça, mas para julgar
segundo as leis”.
(Platão, IV A.C)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a alienação fiduciária de bens imóveis para entender como o Poder Judiciário tem se posicionado a respeito dos conflitos nos procedimentos de execução extrajudicial. Apresentar as contribuições teóricas sobre este instituto através da regulamentação da Lei 9.514/97, de 20 de novembro de 1997, como um direito real de garantia, constituído com o registro no cartório de imóveis. Pretende-se analisar as jurisprudências referente ao assunto para tentar identificar se o judiciário está tomando decisões em detrimento do credor fiduciário. Também foi estudado o que é o instituto, evolução histórica, suas características e particularidades. Abordando a forma de extinção do contrato de alienação fiduciária através do pagamento e do inadimplemento. Não deixando de esclarecer os procedimentos adotados para a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário e o leilão público. Através de pesquisas bibliográficas da legislação pertinente, doutrinas, livros especializados, artigos jurídicos, leis e resoluções. A escolha do tema é de relevância para o autor pela sua atuação profissional na área de crédito imobiliário, diretamente relacionada aos contratos com garantia de alienação fiduciária, com o objetivo de aprimorar seus conhecimentos práticos aliados com que determina a legislação.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária; Execução extrajudicial; Inadimplemento.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the fiduciary alienation of real estate to understand how the Judiciary has been positioned regarding the conflicts in the extrajudicial execution procedures. To present the theoretical contributions on this institute through the regulation of Law 9,514 / 97, of November 20, 1997, as a real right of guarantee, constituted with registration in the real estate registry. The intention is to analyze the jurisprudence related to the subject to try to identify if the judiciary is taking decisions to the detriment of the fiduciary creditor. It was also studied what is the institute, historical evolution, its characteristics and particularities. Addressing the termination of the fiduciary alienation contract through payment and default. While not clearing up the procedures adopted for the consolidation of property on behalf of the fiduciary creditor and the public auction. Through bibliographic research of relevant legislation, doctrines, specialized books, legal articles, laws and resolutions. The choice of topic is of relevance to the author for his professional work in the area of real estate credit, directly related to contracts with guarantee of fiduciary alienation, with the objective of improving his practical knowledge allied with that determines the legislation.

Keywords: Fiduciary Alienation; Extrajudicial execution; Non-compliance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABECIP	Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança
CC	Código Civil
CC/2002	Código Civil de 2002
CF	Constituição Federal
CODECON	Conselho de Defesa do Contribuinte
CPC	Código de Processo Civil
CPF	Cadastro de Pessoa Física
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
ITBI	imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles
relativos	
PIB	Produto Interno Bruto
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. Negócio fiduciário	14
2. Evolução histórica da alienação fiduciária	16
2.1 A fiducia no direito romano	17
2.1.1 Fiducia cum amico	19
2.1.2 Fiducia cum creditore	19
2.1.3 Fiducia remancipationis	20
2.2 Fiducia no direito germânico	20
2.3 A fidúcia no direito inglês	21
2.4 O surgimento da alienação fiduciária no Brasil	23
3. Alienação fiduciária em garantia: Apresentação e pontos de relevância	25
3.1 Propriedade fiduciária	27
3.2 Afetação patrimonial	31
3.3 Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis	32
3.4 Direitos e obrigações do fiduciante	36
3.5 Direitos e obrigações do fiduciário	37
3.6 Cessão de direitos – do fiduciante	38
3.7 Cessão de direitos – do fiduciário	40
3.8 Locação de propriedade fiduciária	41
4. Extinção da propriedade fiduciária	43
4.1 Adimplemento e a consolidação da propriedade plena em nome do devedor fiduciante	44
4.2 Inadimplemento e a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário	45
4.3 Cancelamento da averbação da consolidação de propriedade em nome do credor	48

4.4	Leilão público	49
5.	Constitucionalidade da execução extrajudicial	54
5.1	Posição contrária ao procedimento executório regulado pelo dec.-lei 70/1966	55
5.2	Posição favorável ao procedimento executório regulado pelo dec.-lei 70/1966 e à cobrança extrajudicial prevista na lei 9.514/1997	58
5.3	O leilão extrajudicial e o código de defesa do consumidor	65
5.4	Análise jurisprudencial da lei 9.514 – como o judiciário está resolvendo os conflitos ocasionados pela utilização do instituto.	72
	Considerações finais	77
	Referências	79
	ANEXOS	85

INTRODUÇÃO

A alienação fiduciária é um instituto que tem grande relevância para o mercado imobiliário brasileiro que sempre enfrentou problemas habitacionais pela falta de investimentos e pelo risco que os investidores tinham para recuperação de seus créditos. O legislador com o objetivo de fomentar o mercado imobiliário e atender o que determina a Constituição Federal, de promover a política de moradia para todos, traz uma inovação no ordenamento jurídico com grande importância para o desenvolvimento e crescimento do sistema financeiro imobiliário.

O presente trabalho tem por objetivo abordar a alienação fiduciária em garantia com o recorte para alienação fiduciária de bens imóveis, instituto regulado pela Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997, como um direito real de garantia, constituído com o registro no cartório de imóveis. Idealizado pelo direito romano, a alienação fiduciária é um negócio jurídico que se desenvolveu e passou a ser adotado no ordenamento jurídico pátrio como uma nova modalidade de garantia a empréstimos e financiamentos. É um dispositivo que proporciona aos credores maior agilidade na recuperação de seus créditos no caso de inadimplemento pelo devedor fiduciante, através do procedimento de execução extrajudicial regulado pela lei, não sendo necessário recorrer ao judiciário. O legislador com isso objetivou dar mais rapidez a recuperação dos créditos dos investidores com a segurança necessária e com isso estimular o aporte de capitais para o financiamento imobiliário.

Muitos questionamentos são levados ao judiciário concernente a alienação fiduciária de bens imóveis, principalmente no que diz respeito a execução extrajudicial da propriedade no caso de inadimplemento do fiduciante. Pretende-se analisar as jurisprudências sob a ótica da lei da alienação fiduciária e entender como o Poder Judiciário vem resolvendo os diferentes conflitos ocasionados pela utilização desse importante instituto. O estudo monográfico pretende analisar os procedimentos adotados na execução extrajudicial, investigando o que os doutrinadores dispõem sobre constitucionalidade ou não da lei. E buscará compreender como o Poder Judiciário tem correspondido a essas questões na prática.

Na hipótese de relativização das decisões judiciais nos processos concernentes a alienação fiduciária levará a insegurança jurídica do instituto e conseqüentemente a diminuição do crédito disponível e aumento dos juros.

No contrato de alienação fiduciária são aplicáveis as regras relativas a propriedade resolúvel, onde o devedor fiduciante ao celebrar o contrato tem a intenção de recuperar a propriedade plena do bem. A condição resolutiva pode ser resolvida com a quitação da dívida. O bem antes alienado fiduciariamente ao credor voltará ao domínio do devedor, automaticamente e retroativo, consolidando a propriedade em nome do devedor fiduciante. No caso de inadimplemento das parcelas, ponto de maior relevância para o presente estudo, o credor através do procedimento extrajudicial, sem que seja necessário a participação do Poder Judiciário, poderá consolidar a propriedade em seu nome e a levará para leilões públicos para que tenha o seu crédito recuperado.

Na alienação fiduciária há a transferência do bem para o credor fiduciário para garantia do cumprimento de uma obrigação, que pode ser uma dívida. Com a contratação da alienação fiduciária há o desdobramento da posse, entre o devedor e o credor e o bem, mesmo com a transferência para o credor, não integra o seu patrimônio, porque é criado um patrimônio apartado, ou seja, o patrimônio de afetação. O contrato de alienação fiduciária pode ser realizado entre pessoas físicas e jurídicas e não só por instituições financeiras.

Assim, a pesquisa busca conhecer as questões relativas a lei nº 9.514/1997, confirmar se o art. 27 da referida lei e a alienação extrajudicial são constitucionais. E compreender como fica a situação do devedor com a venda do bem extrajudicialmente. Oportunamente será abordado se há incidência do Código de Defesa do Consumidor, especificamente o art. 53 da lei nº 8.078 de 1990, na resolução do contrato pelo inadimplemento do fiduciante.

O tema do trabalho é de suma importância porque o instituto de alienação fiduciária tem sido a forma mais usada de garantia para atração de novos investimentos no mercado imobiliário brasileiro devido a segurança jurídica que dar para os investidores. No momento atual em que os recursos são escassos, a construção civil é um importante pilar para o país voltar a crescer sustentavelmente porque sempre foi a área de maior empregabilidade e tem sido a grande alavanca para superação dos momentos de crises dada a sua relevância para o aumento do PIB e criar desenvolvimento social visando proporcionar moradia a população.

Na pesquisa primeiramente foi analisado a evolução histórica da alienação fiduciária desde o surgimento da fidúcia até o surgimento no Brasil. Também foi abordado o conceito de negócio fiduciário. No capítulo 02, foi demonstrado o que é

alienação fiduciária em garantia, sendo relatado sobre a propriedade fiduciária, patrimônio de afetação e sua importância para o negócio. A pesquisa conceitua alienação fiduciária de bens imóveis, como recorte principal da pesquisa, sendo disposto direitos e obrigações do fiduciante e fiduciário. Alguns aspectos relevantes foram definidos na pesquisa, pois podem ocorrer com alguma frequência dentro do contrato de alienação fiduciária. No capítulo 03, foi estudado sobre a forma de extinção do contrato e suas consequências. Finalizamos a pesquisa com a constitucionalidade do procedimento executório e os desdobramentos desse procedimento no poder Judiciário.

O material utilizado para a pesquisa foram pesquisas bibliográficas da doutrina disponível, destacando-se alguns artigos de advogados atuante na área, legislação pertinente, revistas e livros, especializados e jurisprudências.

1. Negócio Fiduciário

O ordenamento jurídico brasileiro é constituído de diversas espécies de negócios jurídicos, com o propósito de alcançar determinados objetivos de acordo com as necessidades dos contratantes, podendo ser adotado a utilização de um tipo de negócio para se ter o resultado esperado não comum aquele tipo de negócio. Gomes (1975) citando Ferrara, descreve que o negócio fiduciário é a combinação de dois negócios, um de natureza real e outra obrigacional, objetivando um resultado jurídico, com causa própria, que justifica a transferência da propriedade para o fim mais restrito. O negócio fiduciário com finalidade de evitar consequências derivadas do próprio negócio, se servia de falsa transmissão de propriedade para alcançar as partes fins.

Chalhub (2006 *apud* Simão & Tartuce 2009, p. 524) descreve sobre negócio fiduciário como:

A figura do negócio fiduciário, paralelamente à do negócio jurídico indireto, surgiu no século XIX, a partir da construção doutrinária de juristas alemães e italianos, pela qual se utiliza a transmissão do direito de propriedade com escopo de garantia, a exemplo do que já ocorria com a fidúcia romana e com o penhor da propriedade do direito germânico. O marco inicial da doutrina moderna do negócio fiduciário está na obra de Regelsberger, que o define em 1980 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.

E ainda para o autor, a alienação fiduciária constitui uma modalidade de negócio fiduciário porque:

- a) O fiduciário deve sempre agir com lealdade, devolvendo a propriedade assim que ocorra a condição suspensiva.
- b) A transmissão da propriedade ocorre em dois momentos. De início, como garantia do fiduciário, de forma transitória e temporária. Depois, se o fiduciante cumprir com as obrigações assumidas, o bem lhe retornará de forma automática, independentemente de qualquer interpelação.

Há negócio fiduciário para Dantzger (2005, p. 23) “sempre que a transmissão de uma propriedade tenha por objeto outro fim que não a própria transmissão, mas sirva tão-somente de negócio jurídico que não seja efetivamente o de alienação ao adquirente”. No entendimento do autor, o negócio fiduciário caracteriza-se pela transcendência dos meios sobre o fim. Não há concordância entre o fim pretendido e os meios utilizados para alcançá-los.

Ascarelli (1945 *apud* RIZZARDO 2012, p. 481) descreve que:

O fim visado pelas partes não corresponde ao fim típico do negócio fiduciário. A característica decorre do fato de se prender a ele a uma transmissão de propriedade, mas, acrescenta, de ser o seu efeito (direito real) parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde que aquele fim seja preenchido. Ao passo que os efeitos de direito real, isoladamente considerados decorrentes do negócio adotado, vão além das intenções das partes, as ulteriores convenções obrigacionais visam justamente a restabelecer o equilíbrio; é, assim, possível o uso da transferência da propriedade para finalidades indiretas, ou seja, para os fins de garantia, de mandato, de depósito. Mas os efeitos de direito real do negócio são, eles também, queridos e seriamente queridos pelas partes, que, na falta deles, nem poderiam alcançar o fim último visado. Assim, num caso típico de negócio fiduciário, a transferência da propriedade para fins de garantia, a transmissão da propriedade é efetivamente desejada pelas partes, não, porém, para o fim de troca, mas para o fim de garantia.

Orlando Gomes (1972 *apud* DANTZGER, 2005, p. 25) defende que o negócio fiduciário se explica a luz de três principais construções teóricas:

A primeira serve-se de um pacto obrigacional agregado à transferência da propriedade, que se destina a neutralizar o efeito real da transmissão, condicionando-o ao fim especial para o qual ela se realiza. As raízes dessa explicação encontram-se no direito romano. A segunda teoria de inspiração alemã, recorre à condição resolutiva para justificar a limitação, no tempo e no conteúdo, do direito real do fiduciário. Sustentam seus adeptos que ele adquire uma propriedade temporária, para o fim determinado. A terceira teoria dissocia o direito do fiduciário, assinalando que, nas relações externas, é de propriedade, e nas relações internas, de crédito, figurando ele em certos casos, como um mandatário (*fiduciae cum creditore e cum amico*), e em outros como *accipiens*.

O negócio fiduciário pode ser por administração em que a transmissão da propriedade para o fiduciário visa facilitar a conservação ou exploração do bem, que é o caso de patrimônio de afetação contida na figura do *trust* a fim de tutelar as mais variadas hipóteses de administração patrimonial por terceiros. E outro tipo é a garantia através de um contrato acessório em que o fiduciante transmite ao fiduciário um bem ou direito para garantia do cumprimento de uma obrigação, permitindo a esse credor, no caso de inadimplemento a satisfação de seu crédito (RESENDE, 2009).

Mendonça (1974 *apud* Bisogni 1987, p. 371) dispõe a respeito de negócio fiduciário esclarece que:

É negócio sério, que as partes efetivamente concluíram, a fim de seguir determinado resultado prático. Os contratantes quiseram o negócio com os efeitos jurídicos que lhes são próprios, ainda que por meio deles visassem a diverso escopo econômico. Assim, a transferência da propriedade a fim de servir de penhor ou de qualquer outra garantia; a cessão de crédito com o fim de mandato, para ser cobrado pelo cessionário. O adquirente e o cessionário figuram como donos da coisa ou titulares do direito, mas sob a confiança neles depositada, pelo verdadeiro dono ou credor. Daí o nome de negócio fiduciário, isto é, que revela confiança, ou que nela se baseia.

O que se objetiva com o negócio fiduciário é suprir a lacuna do ordenamento jurídico. É um negócio verdadeiro e que se efetiva pela vontade das partes.

2. Evolução histórica da alienação fiduciária

A origem da alienação fiduciária gera muitas dúvidas e discordâncias entre os doutrinadores, mesmo tendo conhecimento da sua existência a muito tempo e não tendo se tornado uma norma obrigatória, não é possível precisar o momento exato de seu aparecimento. A fidúcia não foi criada por um legislador, sua gênese encontra-se na ordem jurídica romana, mas por alguns estudos tem-se que o referido instituto remete ao período arcaico, sendo notado em sua plena vigência ao longo da época clássica.

De acordo com Silva (1998), a alienação fiduciária em garantia é o resultado de um processo evolutivo muito extenso do desenvolvimento da formação social, que ao longo do seu percurso foi adquirindo características individuais até se tornar o instituto que temos hoje. No nosso ordenamento pátrio a alienação fiduciária foi inserida em 1965 pela Lei nº 4.728, tendo como objeto de garantia somente bens móveis. E só posteriormente em 1997, a Lei nº 9.514 dispõe de previsão legal para

alienar fiduciariamente bens imóveis. Para uma análise mais abrangente deste instituto, faz-se necessário o estudo dos antecedentes históricos e sua evolução, objetivando o entendimento e compreensão do que foi construído com o tempo até chegarmos no que temos hoje, a forma de garantia mais utilizada.

A origem etimológica do termo fidúcia está na confiança (*confidere*), que é o ato de quem espera que o outro se conduza como o desejado, pois tem fé (fidúcia) no cumprimento da palavra empenhada. A fidúcia era a negociação que o devedor transmitia a credor a propriedade da coisa a qual lhe pertencia e que teria de volta quando sanada a obrigação, a quitação da dívida. A finalidade da garantia era de dar segurança ao negócio jurídico (FARIAS & ROSENVALD, 2015, p. 456).

Para Saad (2001, p. 47 *apud* DANTZGER, 2005, p. 29), fidúcia é definida como “uma convenção, pela qual aquele que recebeu a coisa ou um direito, pela *mancipatio* ou pela *iure cessio*, se obriga à restituição, quando satisfeito o fim ou preenchida a destinação.” Cretella Júnior (2003, p. 187) complementa que “[...] A fidúcia é a forma contratual de boa-fé pela qual uma pessoa faz a transferência (*datio*) da propriedade de uma coisa infungível com a cláusula de que a coisa (*data*), objeto da fidúcia, não passa a integrar o patrimônio de quem a recebe, mas fica sujeita às determinadas restrições”.

A fidúcia seria um negócio em que uma das partes envolvidas recebendo de outros bens móveis ou imóveis, responsabiliza-se pela administração em proveito do instituído ou de terceiros, livremente, mas sem causar prejuízos ao beneficiário. E após de cessada as causas que motivaram o recebimento desse bem, o adquirente do bem vem se obrigar a restituir ao alienante. A fidúcia tem característica única, a propriedade é transferida para o credor pelo fiduciante respaldado pela confiança, característico dessa modalidade de garantia. Através do cumprimento de uma condição resolutiva para que foi constituída essa garantia, a coisa retornará para ao patrimônio do fiduciante (PEREIRA, 2012; RIZZARDO, 2012).

Apesar de não haver um consenso sobre a origem da alienação fiduciária, é possível identificar diversos institutos que inspiraram a sua origem. As sustentações da base do surgimento da fidúcia são marcadas em três sistemas jurídicos: romano, alemão e inglês.

2.1 A fidúcia no direito romano

“A ideia originária de fidúcia tem origem na Lei das Doze Tábuas, estabelecendo a Sexta Tábua que se alguém empenha a sua coisa em presença de testemunhas firma uma convenção com força de lei” (RIZZARDO, 2013, p. 1311). Tendo como fundamento básico a confiança recíproca, cooperação e acordo de boa-fé, mantida pelas partes interessadas, na fidúcia ocorre a transferência da propriedade para o credor fiduciário.

Alves (1998) coloca que a fidúcia romana é caracterizada por um contrato real, bilateral imperfeito, de boa-fé. Para Gomes (1971), o poder que detinha o fiduciário era ilimitado, podendo ser contido com o acordo entre as partes meramente obrigacional, que não assegurava o patrimônio do devedor. Mas na hipótese de inadimplemento da obrigação, o devedor responderia com o seu patrimônio. A fidúcia romana era um acordo embasado na boa fé, essencial para o entendimento do instituto nos dias atuais e, apesar de utilizar-se do contrato formal mediante a *mancipatio* ou a *in iure cessio*, o que valia não era o que constava no ato solene, mas o que ficou acordado nas convenções particulares.

Alves (1998, p. 125) complementa ainda que

O *pactum* aposto a esse ato de alienação, e pelo qual se comprometia o fiduciário a restituir a coisa ao fiduciante ou dar-lhe determinada destinação, era um *nudum pactum* (pacto nu), e, portanto, desprovido de *actio* (assim, o fiduciante tinha de confiar apenas na *fides* do fiduciário, pois não dispunha de ação para compeli-lo a restituir a coisa ou dar-lhe a destinação convencional.

O *pactum fiduciae* era um acordo de vontades entre o credor e o devedor, com conteúdo meramente obrigacional, desconhecidos por terceiros. Compreende-se que os bens seriam restituídos ao fiduciante ou dado um destino, após o prazo estabelecido ou o não cumprimento das condições acordadas anteriormente. A transferência do bem para o patrimônio do fiduciário tinha validade perante a terceiros, inclusive estavam sujeitos à execução pelos credores dos fiduciários. Carente de ação de impor o credor a restituir os bens ao devedor, caso o fiduciário não tivesse o comportamento pautado na boa-fé, restava ao fiduciante pleitear uma indenização por perdas e danos, não podendo reivindicar a propriedade desses bens.

Para Gomes (1971, p. 50),

[...] uma alienação realizada apenas para garantir produz, por inexecução culposa de uma obrigação, os efeitos irreversíveis de uma transmissão que tivesse, como título, um contrato de causa genuinamente translativa. Cumpre o fiduciante sua obrigação de pagar a dívida, sem recuperar a propriedade do bem alienado para o fim mais restrito de garantia, suportando, em consequência, esdrúxula expropriação privada, com a agravante de que a vantagem do insólito expropriante provém de ter faltado à confiança de que fôra depositário.

Para a realização dos mais variados objetivos, a utilização da fidúcia servia como base no ordenamento jurídico. No direito romano, conforme explica Neto (1976) *apud* RIZZARDO, (2013), conheciam-se três espécies de fidúcia: *fidúcia cum amico*, *fidúcia cum creditore* e *fidúcia remancipationis causa*.

2.1.1 Fidúcia cum amico

Contrato gratuito com base na confiança mútua entre as partes contratadas. Consiste em um amigo entregar ao outro algo com transferência da propriedade, para dela fazer uso até ser pedida em restituição. Muito semelhante ao comodato e o depósito, tinha o objetivo de assegurar a proteção do patrimônio de riscos de perturbações políticas e/ou circunstâncias aleatórias futuras, certas ou incertas. Ao final, o fiduciário deve retornar com o bem ao patrimônio do fiduciante (SILVA, 1998; JÚNIOR, 2003; DANTZGER, 2005).

A *fidúcia cum amico* não era utilizada para garantir o pagamento de dívida, e sim para fins políticos e jurídicos. Seria, ainda, para fraudar credores do fiduciante (DANTZGER, 2005). Era um contrato de confiança, em que o fiduciante alienava seus bens a um amigo sob a condição de lhe serem devolvidos quando findassem as circunstâncias aleatórias (DINIZ, 2011). Ao passar do tempo, a *fidúcia cum amico* perdeu as características que lhe eram peculiares porque muitos credores apropriaram-se dos bens que deveriam ser retornados ao patrimônio do fiduciante (PEREIRA, 2012).

2.1.2 Fidúcia cum creditore

É considerada a mais antiga modalidade de garantia real, em que o devedor passava os bens para o credor, com o objetivo posterior de recuperá-los dentro de um certo prazo, após realizar o pagamento da dívida. E o credor comprometia-se a devolver os bens após recebimento do valor da dívida, acordado através do *pactum fiduciae* (JUNIOR, 2003; DANTZGER, 2005). Segundo Silva (1998), a *fidúcia cum*

creditor é a que mais se aproxima com a alienação fiduciária em garantia do direito brasileiro.

Mezzari (1998, p. 16 *apud* DANTZGER, 2005, p. 30) complementa:

A devolução da propriedade era uma obrigação pessoal do credor, mas não se constituía em obrigação real. Tratando-se de obrigação pessoal, poderia resolver-se em perdas e danos, não sendo oponível senão ao próprio fiduciário. Se o direito real fosse, o fiduciante, após o pagamento da dívida, seria reinvestido na propriedade do bem, estivesse este em mãos do fiduciário ou de terceiros. Mas, como se tratava de direito pessoal, necessitava de procedimento judicial sempre que houvesse recusa do fiduciário em outorgar o instrumento de retorno da propriedade ao fiduciante.

Para Pereira (2013, p. 362), a fidúcia *cum creditor* apresentava características muito similares à retro-venda – *pactum de retro emendo* – mas se diferenciava pelo fato de não ter a possibilidade de recompra. E o autor complementa esclarecendo sobre os contratos de fidúcia que existiam dois atos:

Um de alienação (*mancipatioou in iure cessio*) e outro de retorno condicional ao devedor (*pactum fiduciae*). Em qualquer de suas modalidades, no negócio fiduciário havia uma transferência de coisa ou direito para determinado fim, com a obrigação de realizar o adquirente a sua devolução ao alienante, depois de satisfeita a finalidade pretendida. Para fazer valer o seu direito, a princípio não contava o fiduciante senão com uma sanção moral (*fides fiducia*); mais tarde, porém, foi provido de ação específica (*actio fiduciae contraria*), que representava um desfavor para o fiduciário, por envolver acusação de uma quebra do dever moral de sua parte.

A fidúcia *cum creditor* proporcionava muitas vantagens ao credor, pois era permitido manter a propriedade de coisa de valor muito maior que o débito (VENOSA, 2001).

2.1.3 Fiducia remancipationis

“É um pacto através do qual o *pater familias* vendia seu próprio filho ao outro *pater familias*, com a obrigação deste em libertá-lo em seguida, a fim de que se alcançasse o fim visado, a emancipação do filho” (SILVA, 1998, p. 8). No Direito Romano as pessoas que tinham capacidade em ter patrimônio é o *pater familias*. Os escravos, mulheres e filhos não constituíam patrimônio.

2.2 A fidúcia no direito germânico

Apesar da similaridade com o direito romano, a fidúcia germânica apresentava algumas características bastantes peculiares. Na fidúcia germânica o bem era dado em garantia sob condição resolutiva, com eficácia erga omnes, que quando cumprida, determinava o retorno da propriedade para o antigo proprietário.

[...] o fiduciante, após cumprida sua obrigação, tinha direito de seqüela, isto é, o de reivindicar o bem das mãos de quem o detivesse. Assim, ainda que o fiduciário não agisse com honestidade ou lealdade, deixando de zelar pela boa guarda e conservação do bem entregue em garantia, o devedor não ficava adstrito à indenização, tendo a faculdade de ir em busca da coisa. (SILVA, 1998, p. 12)

O poder do fiduciário é limitado no próprio negócio fiduciário, na conformidade de seu fim. Se configura a modalidade de alienação fiduciária em garantia, esta finalidade limita-se, de sorte que, o devedor recobrará, automaticamente, a propriedade do bem alienado, e se tornando novamente seu proprietário, pode reivindicá-lo de quem quer que o detenha. (GOMES, 1971, p. 50.)

Negrato (2010) contribui que a principal diferença entre a fidúcia romana e a fidúcia do direito germânico estava na consequência de cada uma delas, uma vez que nesta o bem era dado em garantia sob condição resolutiva que, cumprida, determinava o retorno da propriedade ao antigo proprietário, enquanto que no direito romano o poder jurídico conferido ao fiduciário era ilimitado, embora se comprometesse a restituir a coisa transmitida tão logo fosse implementada a obrigação do devedor. O direito germânico adaptou a fidúcia proporcionando uma segurança para o fiduciante, criando mecanismos que limitava o poder do fiduciário, não deixando brechas para abuso do mesmo.

2.3 A fidúcia no direito inglês

Para alguns autores (GOMES, 1971; ALVES, 1979; CHALHUB, 2012), essa modalidade de alienação provém do *trust receipt*, criados para financiamentos dos revendedores de bens duráveis, que se vendem pelo sistema de *floor planning*. Construiu-se a figura do *trust*, pela qual o proprietário de certo bem afeta-o a um determinado propósito e o transmite a um *trustee*, que recebe o bem com o encargo de destiná-lo a determinada finalidade, definida no ato constitutivo, e transmiti-lo a um beneficiário (denominado *cestui que trust*), que pode ser o próprio transmitente, denominado *settlor*. A propriedade das mercadorias é transferida ao financiador até o resgate da dívida. O *trust receipt* é utilizado para permitir o financiamento da

compra de mercadorias (bens de consumo, matéria prima, produtos semimanufaturados) com a participação, além do vendedor e do comprador, de um terceiro: o financiador, que, em geral, é entidade financeira.

Alves (1979), cita ainda que nessa modalidade, a mercadoria passa diretamente para o financiador, que entrega ao comprador recebendo deste um documento (*trust receipt*), que após alienada a mercadoria pelo comprador, será pago o financiamento. “O *trust receipt* visa a facilitar a obtenção de financiamento, mediante a constituição de garantia real eficaz para o financiador” (p. 26). Gonçalves (1979, *apud* SILVA 1998, p. 14) complementa que a finalidade da *trust receipt* é de “habilitar o devedor à venda da mercadoria que lhe foi dada em confiança, com o fim de conseguir recursos para pagamento de seu débito”.

Gomes (1971, p. 19) salienta que

O financiador garante-se, com o *trust receipt*, em virtude de registro do respectivo documento, através do qual os demais credores do revendedor podem saber que as mercadorias (automóveis, aparelhos de televisão, geladeiras) garantem o financiamento, liberando-as à medida que se forem vendendo. A propriedade das mercadorias é transferida ao financiador até o reembolso, mediante entrega do conhecimento embarque, ficando o revendedor como depositário

O *mortgage* tem como objetivo coisa móvel de propriedade do devedor, inclusive frutos pendentes, podendo também recair sobre créditos, títulos de créditos e forças motrizes. (GONÇALVES, 1979 *apud* SILVA, 1998). No *chattel mortgage* a propriedade era transferida ao credor por meio de um ato de venda atestado por uma testemunha. E em até sete dias deveria ser registrado na Inglaterra no *Bill of Sale Department* da Suprema Corte e em alguns estados americanos em registros específicos. O *mortgagor* fica com a propriedade e a posse da coisa e após a quitação do débito recupera a propriedade legal. E caso não pague a dívida o credor, se torna proprietário pleno da coisa (ALVES, 1979).

Alves (1973 *apud* VENOSA, 2001, p. 444) descreve, ainda, que

[...] o *chattel mortgage* (hipoteca mobiliária) trata-se de uma forma de garantia relativa às coisas móveis por meio da qual o bem é transferido ao credor por instrumento de venda, que deve ser registrado. O devedor permanece com a propriedade substancial (*equitable property*) e a posse da coisa e, ao pagar o débito, recupera a propriedade plena; caso contrário, o credor tornar-se-á proprietário.

2.4 O Surgimento da Alienação Fiduciária no Brasil

Vários estudos (DINIZ, 2011; CHALHUB, 2008) demonstram que na década de 60, o Brasil enfrentou uma recessão que fez o governo se mobilizar a apresentar um plano de ação econômica para acelerar o ritmo de desenvolvimento, conter a inflação e promover as reformas sociais. Surge o mercado de capitais, que nada mais é que um conjunto de operações e instituições destinadas a angariar recursos para transferi-los aos setores da produção, indústria e comércio. A garantia utilizada para bens móveis era o penhor e reserva de domínio que apresentava uma morosidade para recuperação do crédito. A alienação fiduciária em garantia visava acelerar o processo de industrialização no Brasil.

A lei foi introduzida na legislação brasileira para fomentar a produção e comercialização de bens móveis e duráveis, sendo regulada pela Lei de Mercados e Capitais. O poder judiciário sentiu a necessidade de uma garantia mais eficaz e célere para recuperação de crédito. Mas só no ano de 1969 com o decreto-lei 911/69 com o procedimento de busca e apreensão que ficou determinado a metodologia para a retomada, leilão e venda para executar o crédito. O instituto foi inserido na seção XIV (art. 66) da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Que foi retificado pelo decreto-lei n. 911, baixado em 11 de outubro de 1969 e alterado recentemente, pela Lei nº 10.931/2004.

Na alienação fiduciária em garantia o bem passa a ser propriedade da empresa credora, gerando duas importantes vantagens para o credor a de ser dono do objeto adquirido, em caso de falência do devedor. O bem não pertence a massa falida podendo ser reivindicado pelo credor, na forma prevista por lei. Mas não pode o credor ficar com o bem, deverá providenciar a venda. E a segunda vantagem para o credor é que o devedor será equiparado a um depositário, sendo responsável pela manutenção e cuidados com o bem (SIMÃO & TARTUCE, 2009).

De acordo com o art. 66, caput da Lei nº 4.728/1969, pode-se conceituar a alienação fiduciária, segundo disposto por Simão & Tartuce (2009, p. 535):

A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Em consequência dos impedimentos do uso das tradicionais garantias reais que existiam até o momento, o ordenamento jurídico pátrio proporcionou um mecanismo eficiente que desse segurança ao credor, com rápida e pronta execução do crédito e que atraísse novos investimentos (LIMA, *apud* Silva, 2016; DANTZGER, 2005). A Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997 instituiu no nosso ordenamento jurídico a alienação fiduciária de bens imóveis, objeto de estudo da presente monografia, com a finalidade de possibilitar e facilitar o financiamento imobiliário em geral.

Chalhub (1998, p. 62 *apud* DANTZGER, 2005, p. 19) discorre:

[...] jamais se desenvolveu no Brasil um mercado de créditos imobiliários capaz de atrair as aplicações dos investidores, e isto se deve, fundamentalmente, à excessiva interferência do Estado e à perda de liquidez dos créditos, em razão da delonga dos procedimentos de cobrança judicial. Visando afastar esses obstáculos, principais responsáveis pela fuga dos recursos do setor imobiliário, a Lei 9.514/1997 cuidou de criar condições que viabilizassem a retomada dos investimentos, ao articular mecanismos operacionais inspirados nos mais modernos mercados, em especial o norte-americano, introduzindo profundas modificações no sistema de garantias, a partir da constatação de que as garantias existentes no sistema jurídicos de origem romana, e são elas a hipoteca, o penhor e a anticrese, não mais satisfazem a uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las.

A lei 9.514/1997 ampliou a aplicação de alienação fiduciária para bens imóveis com o objetivo de atender essa lacuna, proporcionar rápida restauração em situações de inadimplemento, em prazos que atendam as expectativas dos investidores. Uma vez que se torne efetivo esse modelo de garantia vai contribuir para regularizar o fluxo financeiro, a partir do surgimento de um mercado secundário capaz de funcionar como fonte para gerar recursos para o financiamento imobiliário (CHALHUB, 1998 *apud* DANTZGER, 2005).

E segundo Farias & Rosenvald (2015), a alienação fiduciária em garantia se popularizou pelo o entendimento dos tribunais brasileiros da ineficácia da hipoteca contratada entre o incorporador e o agente financeiro, principalmente em relação aos adquirentes do bem. Os autores destacam que a jurisprudência consubstanciada no Enunciado nº 308 da súmula do STJ, tem cunho social, que protege os adquirentes de bens imóveis diante da falta de repasse dos pagamentos dos financiadores da incorporação. E na alienação fiduciária, o vínculo jurídico é

realizado diretamente com os compradores o que os impedem de alegar a ineficácia do contrato.

3. Alienação fiduciária em garantia: apresentação e pontos de relevância

A alienação fiduciária é um modelo de garantia de propriedade, móveis ou imóveis, em que o devedor transfere a propriedade para o credor, a fim de garantir um pagamento de uma dívida, conforme acordo firmado entre as partes. Segundo Venosa (2001, p. 443) “A alienação fiduciária, o ato de alienar em si, é negócio contratual. Trata-se de instrumento, negócio jurídico, que almeja a garantia fiduciária, esta sim é direito real”. De acordo com Gomes (2012, p. 357), “Ao alienante, denomina-se fiduciante. Ao adquirente, fiduciário”.

Diferentemente do que ocorria na origem romana, o que vai garantir o retorno da propriedade para ao devedor ao fim do cumprimento da obrigação é a cláusula que deve constar no contrato. Essa modalidade de alienação é mais utilizada para fins de garantia e pode recair em coisas e direitos. É realizada para atingir diversos objetivos, tais como execução de um crédito, administração da coisa alienada e posterior transmissão de bens a terceiros (GOMES, 2012). Trata-se de um negócio jurídico uno, mesmo composto com duas relações jurídicas. A obrigacional que é a própria dívida assumida pelo fiduciante, e outra real, que é a garantia, sendo um ato de alienação temporário ou transitório porque o fiduciário recebe o bem não para aumentar o seu patrimônio e sim com o objetivo de devolver ao devedor com a quitação da dívida (DINIZ, 2011 *apud* BUZAID).

Para Dantzger (2005), a alienação fiduciária em garantia se caracteriza pela feitura de um contrato acessório, de garantia, como o próprio nome já diz, típico, formal, oneroso, bilateral ou sinalagmático e cumulativo. O contrato de alienação nasce para garantir um crédito, e sua tipicidade está no fato das regras disciplinares serem ditadas por lei. O contrato é oneroso porque traz vantagens econômicas para as partes e gera obrigações tanto para o fiduciante quanto para o fiduciário, com parcelas obrigacionais conhecidas, com igualdade relativa de valores. E complementa citando Lima, que o contrato é acessório porque nasce dependente de uma obrigação principal, em que o fiduciante entrega o bem para o fiduciário, em propriedade resolúvel, até que se resolva a obrigação.

A alienação fiduciária em garantia diferentemente de outros institutos como o penhor, anticrese e hipoteca, não objetiva à constituição de direitos reais limitados,

mas sim a transferência do direito de propriedade limitado pelo escopo de garantia. E mesmo com essa observação, no nosso ordenamento jurídico o contrato de alienação fiduciária é considerado como contrato de direito das coisas. (ALVES, 1998). Em sua essência a alienação fiduciária em garantia abrange dupla declaração de vontades, uma pela qual a coisa é transferida para o domínio do fiduciário e a outra do retorno dessa coisa para o domínio do fiduciante. A condição está clara no próprio contrato, qualificando a propriedade de resolúvel (MALUF & MONTEIRO, 2013).

Segundo Restiffe Neto (1975/1976 *apud* RIZZARDO 2013, p. 1315), existe alienação fiduciária quando:

O devedor aliena a coisa sob a condição suspensiva de retorno ipso jure do domínio, mediante ao pagamento da dívida assim garantida'. O credor, de outro lado, investe-se temporariamente no domínio da coisa alienada em garantia fiduciária, sob a condição resolutiva

Venosa (2001) contribui que o instituto de alienação fiduciária tem por objetivo possibilitar maior agilidade ao consumidor para compra de bens móveis ou imóveis, mais segurança ao credor, permitindo ao legislador instrumentos processuais. A alienação fiduciária em garantia é uma espécie de negócio jurídico que traz segurança na transmissão de propriedade, limitada, por uma relação obrigacional que desvirtua o fim natural do contrato translativo. O objetivo da alienação fiduciária é a de garantia.

Alves (1979 *apud* SILVA 1998, p. 46) conceitua alienação fiduciária em garantia como:

Trata-se de espécie do gênero negócio fiduciário, real e efetiva, que não se confunde com venda, com pacto de retrovenda, prevista no art. 1.140 do Código Civil, possua esta característica de um negócio jurídico indireto ou simulado, tampouco com o penhor, seja de que ordem ou natureza for e independente da tradição efetiva do bem ao credor.

Maria Helena Diniz (2011) narra que a alienação fiduciária é um negócio jurídico que traz as seguintes características: bilateral, gerando obrigações para o fiduciário e o fiduciante e oneroso porque beneficia ambas as partes, proporcionando crédito ao alienante e garantia ao credor. Precisa ser formal através de instrumento escrito, público ou particular. E para finalizar é indivisível, pois o pagamento de uma ou mais prestações da dívida, não corresponde para parte da

garantia, mesmo que tenham vários bens, com exceção se estiver expressa no instrumento ou na quitação.

A alienação fiduciária não é um negócio fiduciário, mas sim um direito real de garantia que é identificado por ser um negócio que proporciona ao credor segurança por meio da transferência resolúvel e não definitiva da propriedade. É um contrato de efeitos reais com a finalidade de um direito acessório de garantia, que é o de assegurar o cumprimento da obrigação constituída pelo fiduciante, que se tornará possuidor direto do bem. Tem função de garantia e é aplicável para garantir qualquer obrigação, podendo ser prestada pelo devedor ou por terceiros, muito comumente usada para garantia do pagamento do preço nas aquisições de imóveis em incorporações imobiliárias. Neste caso o devedor transfere a propriedade do bem ao credor, em caráter fiduciário, demitindo-se do seu direito de propriedade. O credor adquire a titularidade plena e irrevogável com o objetivo de servir de garantia para o cumprimento da cláusula ou condição resolutiva. Quitada a dívida, resolve-se a propriedade em favor do devedor. A legislação brasileira exige como requisito de eficácia e validade perante a terceiros o registro público do contrato de alienação fiduciária em garantia (SAAD, 2001 *apud* DANTZGER, 2005; CHALHUB, 2012).

Scavone Junior (2015, p. 488) conclui que:

Na alienação fiduciária o credor possui direito de garantia que recai sobre coisa própria e o devedor fiduciante possui um direito não deferido, classificado como condicional. Trata-se de ato jurídico sob condição resolutiva, nos termos dos arts. 127 e 1.359, do Código Civil, ou seja, o credor é proprietário até que o evento futuro e incerto ocorra: o pagamento da totalidade das parcelas que extingue a propriedade do credo.

3.1 Propriedade Fiduciária

A propriedade fiduciária imóvel, muito similar ao conceito do art. 22 da Lei 9.514/1997 com o art. 1.361 do CC/2002, é aquela que sua existência depende de uma determinada dívida, que fica ligada como garantia. Tal propriedade é um direito de duração ilimitada, irrevogável, mas que comporta exceções permitidas pela ordem jurídica e que se torna temporária, quando essa situação se subordina a uma condição resolutiva, ou termo final, previsto no título constitutivo do direito, diz que há propriedade resolúvel (GOMES, 2012; FERNANDES, 2016).

Sobre propriedade resolúvel Lima (1999 *apud* DANTZGER 2005, p. 45), esclarece que

Propriedade resolúvel é aquela que excepcionando o princípio da irrevogabilidade inerente às propriedades em geral, a transforma em propriedade temporal, mediante a uma cláusula, inserida no negócio jurídico que a institui e subordina, por ato de vontade, à duração do direito a um evento futuro que pode ser certo ou incerto.

Para atender ao desenvolvimento do mercado de consumo e em consequência do surgimento de novas modalidades de relações econômicas e financeiras, é de suma importância a utilização de propriedade fiduciária com escopo de garantia, que é um direito real limitado por restrições imposta por lei, podendo ser utilizada para móvel ou imóvel, que tem como causa a destinação de determinado bem a um objetivo específico. Tem duração limitada enquanto durar o escopo para qual foi constituída a garantia. A transmissão de propriedade fiduciária com escopo de garantia foi regulamentada pelo direito brasileiro para atender as demandas existentes porque as garantias tradicionais não atendiam a sociedade industrializada e pelos vários problemas nas relações de créditos tais como custos e morosidade para executar se fosse necessário (CHALHUB, 2012).

O autor coloca, ainda, que o devedor fiduciante, pelo efeito do contrato de alienação fiduciária, abdica de ser o proprietário do bem, na medida que transmite a propriedade ao credor-fiduciário, e com o registro no competente cartório de imóveis, concede ao credor-fiduciário a propriedade resolúvel do imóvel. E o devedor-fiduciante passa a ser titular de aquisição sob condição suspensiva, tendo o mesmo imóvel como objeto, podendo o devedor-fiduciante tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida.

Nosso sistema jurídico quando traçou sobre a alienação fiduciária em garantia, introduziu no esquema da propriedade resolúvel, eliminando o risco que demanda confiança. O fiduciário deve restituir ao fiduciante porque esse cumpriu a condição resolutória, tornando-se proprietário da coisa. E a segurança está na disposição legal que determina a reversão ao fiduciante, da propriedade do bem que alienou em garantia (GOMES, 1971). Chalhub (2012) ainda explica de maneira muito clara que a garantia fiduciária é

excepcionalmente mais eficaz do que as garantias tradicionais porque remove o bem do patrimônio do devedor e deixa reservado, fora do patrimônio do credor, protegendo com a incomunicabilidade e protegendo do concurso de outros credores. E torna rápida a realização da garantia no caso de inadimplemento onde o credor deve vender o bem objeto da garantia para quitação da dívida com o resultado da venda.

Na propriedade fiduciária em garantia o fiduciante devedor é que tem a posse e o controle do bem e por isso é responsável pela manutenção, conservação e a preservação da sua posse, pagamento de impostos e licenças que incidem sobre o bem ou até por indenizações incidentes causados pelo seu uso. Para o credor fiduciário o que integra o ativo é o direito de crédito e não de propriedade sobre o bem objeto da garantia, registrado em uma conta chamada conta de compensação, que é um controle apartado do conjunto patrimonial, que servem exclusivamente para controle e que não faz parte do patrimônio do credor e que serve para registro de futura alteração patrimonial. Sendo que se o contrato seguiu o fluxo normal nada altera o patrimônio do credor, mas caso haja inadimplemento, com a consolidação da propriedade em nome do credor, esse bem fará parte do patrimônio do credor pelo tempo que se promover a venda para pagar-se com o produto obtido da venda. (CHALHUB, 2012).

Peluso *apud* Loureiro (2015, p. 1318) dispõe que:

A propriedade fiduciária constitui patrimônio de afetação, porque despida de dois poderes federados do domínio – *jus utendi* e *fructu* –, que se encontram nas mãos do devedor fiduciante [ou do terceiro garantidor]. O credor fiduciário tem apenas o *jus abutendi* e, mesmo assim sujeito à condição resolutiva, destinado, afetado somente a servir de garantia ao cumprimento de uma obrigação. O direito de dispor, na verdade, está atrelado à cessão do crédito garantido. A propriedade-garantia é acessória à obrigação e segue sua sorte. A peculiaridade é que, ao contrário das demais garantias reais, incide não sobre coisa alheia, mas sobre coisa própria transferida ao credor, embora sob condição resolutiva.

Para Chalhub (2012), a propriedade fiduciária de bens imóveis é constituída com o registro do contrato no cartório de imóveis competente, onde o devedor deixa de ser o proprietário do imóvel que passa a ser propriedade do credor, mesmo que resolúvel. No patrimônio do credor, o bem permanece afetado à finalidade de garantia até o cumprimento das

obrigações vinculadas a propriedade fiduciária. Por força do registro do contrato no cartório de imóveis, a posse é desdobrada em posse direta para o fiduciante e posse indireta para o credor. A posição jurídica ocupada pelo devedor fiduciante e pelo credor fiduciário são condições opostas e complementares, porque o mesmo evento que atribui o direito a um implica simultaneamente a extinção do direito do outro. O fiduciante “é titular de direito real de aquisição sob condição suspensiva, correspondente ao pagamento da dívida; já à posição do credor fiduciário é a de titular de direito de propriedade sob condição resolutiva” (p. 30).

A propriedade fiduciária em virtude da finalidade para qual foi constituída é direito real limitado pelas restrições impostas ao seu conteúdo, com os seus fundamentos podem ser retirados os conceitos de domínio perfeito, que corresponde a propriedade plena, com as características da perpetuidade e pela atribuição de todos os direitos sobre a substância e utilidade do bem, que garantem ao proprietário o poder de usar, fruir e dele dispor. E o domínio imperfeito que corresponde a propriedade fiduciária, não possuem o direito de fruição e de disposição. No domínio imperfeito a propriedade tem prazo de validade, o bem é transferido ao fiduciário apenas para uma aplicação específica (CHALHUB, 2012, p. 72).

Na transmissão plena, por meio da compra e venda pura, a causa é a troca de bens por dinheiro em valor equivalente, da qual resulta a atribuição do domínio pleno e perpetuo (perfeito) ao adquirente. Já na transmissão fiduciária, a causa não é a troca de bens por dinheiro, mas, sim, a destinação do bem a uma finalidade específica e sua retransmissão ao fiduciante ou a transmissão a terceiros por este indicados, extinguido-se o domínio (imperfeito), portanto, quando da execução dessa finalidade.

Por meio da propriedade fiduciária, o adquirente do imóvel cede, ato contínuo, fiduciariamente, o domínio, que passa à esfera jurídica do credor, embora contabilmente integre o patrimônio do devedor. Esta dissociação entre o aspecto contábil e o jurídico, uma vez que a propriedade está realmente no patrimônio do credor, para todos os efeitos de *iure* é o que faz do contrato um instrumento interessante para as relações obrigacionais. Além disso, por ser a propriedade o direito de garantia transferido, não existe a possibilidade de constituição de direitos sucessivos, como na hipoteca, o que assegura ao credor, ainda, mais força executiva de seu crédito. (PENTEADO, 2012, p. 530).

Por fim, Chalhub (2012) analisa que o objetivo da transmissão fiduciária é de atribuir aos fiduciários poderes necessários para dar ao bem, objeto da transmissão fiduciária destinação que atenda ao interesse do fiduciante. Essa destinação deve

ser de acordo com o que rege a lei que regula a propriedade fiduciária. A propriedade fiduciária para o credor é nominal, sob o controle do fiduciante, sem direitos do fiduciário de propriedade.

3.2 Afetação Patrimonial

É uma restrição que torna imune determinados bens que se encontram no patrimônio de uma pessoa, as vicissitudes a que estejam sujeitos os demais patrimônios. É uma tutela jurídica da circulação do direito de propriedade. A afetação é a vinculação de determinados bens ou de determinados patrimônios a objetivos específicos. Ou se reservam determinados bens a certos grupos de pessoas para que estas tenham a satisfação de seus créditos com esses bens e a exclusão de outros credores. A afetação patrimonial delimita o poder do fiduciário e os vínculos da operação de fidúcia. Os bens são transmitidos ao fiduciário, que formam o patrimônio de afetação e são dotados de incomunicabilidade e não acresce o patrimônio do credor. Protege o fiduciante de riscos de abusos de poder pelo fiduciário. O bem permanece no patrimônio do credor apenas para cumprir a finalidade para o qual foi transmitido (CHALHUB, 2012).

A afetação patrimonial serve para dar mais segurança jurídica aos envolvidos, evitando dívidas fiscais e trabalhistas. Os bens em regra só respondem por débitos decorrentes da consecução do referido objetivo. A consequência da propriedade fiduciária é a exclusão do bem dos efeitos da falência e do processo de recuperação do devedor-fiduciante e do credor fiduciário. Em uma recuperação judicial, o crédito garantido por propriedade fiduciária permanece as condições contratuais e o direito de propriedade do credor fiduciário. Os bens, os direitos e obrigações que são objetos do patrimônio de afetação, permanece separado dos do falido, até a emissão do respectivo termo ou o cumprimento de sua finalidade. (CHALHUB, 2006).

Para Farias & Rosenvald, 2015, p. 471-472),

Trata-se não apenas da satisfação do princípio da boa-fé objetiva no plano das relações entre fiduciante e fiduciário – qualificado pela satisfação da legítima expectativa de confiança da transmissão patrimonial -, mas também, no plano exógeno, pela caracterização da função social do contrato de alienação fiduciária, traduzida pelo apelo metaindividual ao princípio da igualdade material em prol dos que realizam negócios jurídicos sob a expectativa de aquisição de propriedade.

O direito contemporâneo tem investido meios de afetação patrimonial para angariar mais investimentos, atendendo uma necessidade de expansão do crédito. No direito estrangeiro, destacam-se no Código Civil Francês, o *patrimônio fiduciário* ou *patrimônio de afetação*, denominado pela lei, em que há a transmissão fiduciária de bens e direitos ao fiduciário a uma finalidade específica, que são incomunicáveis em relação ao patrimônio pessoal do fiduciário e a todos os outros patrimônios fiduciários de que ele seja titular. Foi introduzido no ordenamento jurídico italiano, que às sociedades empresárias podem constituir um ou mais patrimônios autônomos, e convencionar que, em contrato relativo a financiamento de um negócio específico, os rendimentos desse negócio sejam destinados total ou parcialmente à amortização do financiamento. Em Portugal, adotou-se o princípio da segregação como requisito fundamental da securitização de créditos, tornando os incomunicáveis em relação ao patrimônio geral da sociedade de titularização até o resgate dos títulos. Na Espanha, a afetação patrimonial é autorizada para constituição de fundações com interesses públicos e geral. É uma política legislativa com o objetivo de evitar vinculações de caráter duradouro sobre os bens (NEGRATO, 2010; CHALHUB, 2012).

No Brasil, a matéria é regulada com o objetivo de proteger alguns negócios jurídicos tais como, fundos de investimentos, securitização e a comercialização de imóveis na planta, pelo regime da incorporação imobiliária, que trata do acervo de cada empreendimento imobiliário, com autonomia, em que esse patrimônio de afetação não se comunica com o patrimônio do incorporador e/ou da empresa, destinado ao objetivo de finalização daquela obra específica (CHALHUB, 2012).

O vínculo do proprietário fiduciário com os bens fiduciados e do administrador com o patrimônio de afetação corresponde ao poder-dever de exercer o domínio exclusivo interesse do fiduciante, que, este sim, é o titular do conteúdo econômico dos bens atribuídos em caráter fiduciário. (LUPOLI, 2008 *apud* CHALHUB, 2012, p. 78-79.).

3.3 Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis

A alienação fiduciária de bens imóveis é regulada pela lei 9.514/97, que no seu capítulo II, conceitua alienação fiduciária como negócio jurídico pelo qual o devedor transfere ao credor a propriedade temporariamente como garantia de pagamento de uma dívida ou cumprimento de uma obrigação. Essa lei tem como objetivo dar celeridade a retomada do imóvel em caso de inadimplemento pelo

devedor. O contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, após ser levado ao cartório de registro de imóveis, torna a propriedade fiduciária resolúvel em favor do credor fiduciário. O fiduciante tem a posse direta do imóvel e o controle do bem, exercendo sobre ele os direitos econômicos sendo responsável pelos encargos correspondentes à fruição desses direitos econômicos. E ao fiduciário tem a posse indireta e a propriedade do imóvel (CHALHUB, 2012).

A lei 9.514/1997, que criou o Sistema de Financiamento Imobiliário e disciplinou a Alienação Fiduciária sobre bens imóveis, concedeu legitimidade para contratação desse tipo de negócio jurídico para qualquer pessoa que pode ser física, jurídica, não limitando às entidades que operam no mencionado sistema. O objetivo do legislador é que a alienação de bens imóveis servisse de estímulo para o setor imobiliário, por saber da sua posição multiplicadora na economia e à sua capacidade de geração de empregos em larga escala (CHALHUB 1998 *apud* DANTZGER, 2005).

De acordo com Santos (2012 *apud* MALUF & MONTEIRO, 2013), o processo de desenvolvimento econômico no Brasil, fez nascer a alienação fiduciária para bens imóveis, com traços nativos, mais força de mercado e segurança jurídica, com o intuito de atender uma nova demanda social desgastada pela demora nos processos de execução das hipotecas. O legislador buscava atender as demandas da evolução social, estimular o financiamento imobiliário utilizando esse novo instrumento que faz surgir a propriedade fiduciária.

A alienação fiduciária pode ser contratada para quaisquer obrigações e não somente para garantia de saldo do financiamento imobiliário. Pode ser prestada pelo devedor ou por terceiros. Dantzger (2005), define ainda sobre alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel que sua constituição é feita pela transferência do devedor ao credor, da propriedade resolúvel e da posse indireta de um imóvel, como garantia de seu débito. Com o pagamento da dívida resolve o direito do adquirente, retornando o alienante à sua situação de domínio pleno da coisa. Tem característica a limitação temporal do domínio do devedor, que após a quitação da dívida, por força da lei, o bem retorna ao seu patrimônio. O negócio da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel gera uma relação jurídica que vão conter os elementos de quaisquer contratos: sujeito, objeto e forma.

Os sujeitos dessa relação jurídica são o alienante e o adquirente. O alienante-fiduciante é o que está em busca de um crédito. E o adquirente-fiduciário é o credor,

que concede o empréstimo e que recebe o bem em garantia. Podem contratar conforme mencionado anteriormente, qualquer pessoa física ou jurídica. Ambos devem estar legitimados por força da lei para fazerem parte do negócio. De acordo com Chalhub (1998, p. 202-203, *apud* DANTZGER 2005, p. 48):

Devem ambas as partes ter capacidade para contratar, especialmente para dispor de seus bens, pois o contrato encerra a transmissão da propriedade do imóvel do devedor-fiduciante para o credor fiduciário e, subsequentemente, com o advento da condição resolutiva, o retorno da propriedade para o fiduciante, ou, no caso de inadimplemento contratual por parte do mesmo, sua transmissão do credor fiduciário para terceiro, pois, tendo a propriedade fiduciária consolidada em seu nome, alienará para satisfação de seu crédito.

O objeto que trata da lei de alienação fiduciária de coisa imóvel, como descreve no art. 22 da lei 9.514, causa de estudo da presente monografia, pode ser qualquer bem imóvel, construídos ou em fase construção, terrenos com ou sem acessões, os bens enfiteúticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário, que foi incluído pela Lei nº 11.481, de 2007, o direito de uso especial para fins de moradia, incluído pela Lei nº 11.481, de 2007, o direito real de uso, desde que suscetível de alienação, incluído pela Lei nº 11.481, de 2007 e a propriedade superficiária, incluído pela Lei nº 11.481, de 2007.

Na alienação fiduciária o imposto de transmissão *inter vivos* deve ser pago no momento da transmissão do vendedor ao fiduciante, não recaindo na transmissão da propriedade resolúvel que se opera entre o fiduciante e o fiduciário (SCAVONE JUNIOR, 2015). No caso de imóveis enfiteúticos, o laudêmio será exigido se houver a consolidação do domínio ao patrimônio do fiduciário, utilizando o mesmo princípio à exigibilidade do imposto de transmissão *inter vivos*. Como essa transmissão da propriedade em caráter fiduciário tem finalidade de garantia, não sendo exigível o ITBI e nem o laudêmio, sendo exigido se e quando houver transmissão definitiva do domínio, ao credor, em caso de inadimplemento da obrigação garantida. (CHALHUB, 2012).

Scavone Junior (2015, p. 489) esclarece sobre os imóveis enfiteúticos que “podem ser objeto de alienação fiduciária sem precisar anuência do senhorio e do pagamento do laudêmio, porque a transmissão ocorre em caráter apenas fiduciário, com escopo de garantia”.

A lei de alienação fiduciária exige que o contrato seja levado ao cartório de registro de imóveis para que seja constituído o direito real e tenha conhecimento de terceiros. A lei nº 9.514/1997 no seu art. 24, descreve as cláusulas essenciais que devem constar no instrumento:

- 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 dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Parágrafo único. Caso o valor do imóvel convencionado pelas partes nos termos do inciso VI do caput deste artigo seja inferior ao utilizado pelo órgão competente como base de cálculo para a apuração do imposto sobre transmissão inter vivos, exigível por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, este último será o valor mínimo para efeito de venda do imóvel no primeiro leilão (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

A descrição do imóvel poderá ser dispensada, segundo Terra (1998) *apud* Scavone Junior (2015) caso essa descrição e caracterização constem na matrícula, basta apenas mencionar no contrato o número da matrícula, fazendo uma interpretação analógica dos termos do art. 2º da Lei nº 7.433/1985. Deve constar também no contrato o prazo de carência para que após, o qual será expedida a intimação, como mencionado no §2.º da lei 9.514. E como descreve Chalhub (2012), além das cláusulas essenciais o contrato deve constar outros pontos de grande relevância tais como, penalidades pela mora, procedimentos de intimação para abertura de oportunidade para purgação da mora, os termos que se dá a consolidação da propriedade em nome do credor, os valores pelos quais o imóvel será oferecido em leilão, as condições que deve ser restituído o imóvel, com a estipulação da taxa de ocupação a ser devida a partir da consolidação da propriedade, a contratação de seguros. A depender das necessidades e das características do negócio, pode se trazer outras cláusulas de igual relevância e importância.

A Lei prevê que os contratos de alienação fiduciária podem ser formalizados por escritura pública ou contrato por instrumento particular, ocorrendo a transmissão

de propriedade apenas mediante ao registro do título na respectiva matrícula imobiliária. “São partes do contrato o devedor e o credor; caso a garantia seja prestada por terceiro, que seja titular do bem a ser transmitido em garantia, figurará esse também, como garantidor”. (CHALHUB, 2012, p. 04). Independente da forma utilizada o contrato serve de título a propriedade fiduciária. O devedor não pode transferir o bem sem a autorização do credor, que por sua vez não pode prever no contrato a cláusula comissória do bem, que no caso de inadimplemento, o bem é transferido para o patrimônio do credor (LOUREIRO, 2014).

3.4 Direitos e obrigações do fiduciante

A alienação fiduciária gera alguns direitos para o fiduciante que são expressos na Lei nº 9.514/1997. Por ela, o fiduciante tem direito a posse direta da coisa alienada e estando adimplente, pode usar o imóvel conforme sua destinação, cabendo-lhe a defesa de sua posse inclusive contra atos do fiduciário. Após a quitação da dívida, no prazo de 30 dias, contando da data da liquidação da dívida, tem direito de receber do fiduciário o termo de quitação, que levará ao cartório de registro de imóveis e solicitar cancelamento do registro da propriedade fiduciária. Com esse cancelamento, o fiduciante recupera o domínio em toda a sua plenitude e, caso não seja emitido o termo de quitação no prazo estabelecido, o fiduciante fará jus ao recebimento de uma multa correspondente a 0,5% (meio por cento) do valor do contrato por mês ou fração, podendo ingressar ao judiciário para execução de referida obrigação de fazer (NEGRATO, 2010).

Abelha (2017) destaca algumas mudanças trazidas pela Lei 13.365 de 11 de julho de 2017. O devedor fiduciante, conforme inclusão do §2º do art. 26-A, tem direito a purgar a mora e manter o contrato de alienação fiduciária, enquanto não houver a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, contudo, essa hipótese vale apenas para os casos de financiamento habitacional, incluindo operações do Programa Minha Casa Minha Vida. Outra alteração de relevância, muito discutida sendo mais um benefício para o devedor fiduciante é da comunicação para os leilões, com datas, horários e locais.

Ainda conforme inclusão do §2º-B do art. 27 na Lei 9.514/97, o devedor tem direito de preferência:

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

O fiduciante tem direito a diligenciar ação para consignação em pagamento, caso o credor, recuse-se a receber o pagamento da dívida ou dar quitação, sendo que a sentença servirá como título liberatório e de recuperação da propriedade do bem alienado fiduciariamente. E em caso de inadimplemento pelo fiduciante, se o bem for alienado, tem direito o fiduciante a receber o saldo da venda. Se o valor da venda for maior por ser acrescido de juros, tem direito a receber o remanescente. Tem direito o fiduciante também, com anuência do fiduciário, de transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia.

A obrigação mais importante do fiduciante é o adimplemento da obrigação conforme pactuado em contrato, mediante o pagamento regular da dívida ao fiduciário, dos tributos e das taxas condominiais ou quaisquer outros encargos incidentes sobre o imóvel. Tem a obrigação de cuidar do imóvel e manter conservado, comparando-se como depositário (PENTEADO, 2012).

Constituído em mora e consolidada a propriedade em nome do fiduciário, deve o fiduciante desocupar o imóvel, sob pena de ser deferida liminarmente reintegração de posse em favor do credor, arcando o devedor com as despesas inerentes à ocupação não autorizada (art. 30, Lei nº 9.514/1997).

3.5 Direitos e obrigações do fiduciário

O principal direito do fiduciário, após o registro do contrato de alienação fiduciária no cartório de registro de imóveis é a posse indireta, mesmo que temporariamente, podendo defender contra terceiros ou contra o devedor no caso de inadimplemento. Podendo também o fiduciário propor ação possessória. E no caso de insolvência do devedor, fica garantido ao credor a devolução do bem alienado fiduciariamente, conforme legislação pertinente. Tem direito o credor de consolidar a propriedade imobiliária em seu nome se o devedor não purgar a mora, que após

consolidação, o bem só poderá ser alienado por leilão. E conforme descrito no art. 30 da lei nº 9.514/97 que:

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.

Em caso de inadimplemento do devedor, e constituído esse em mora, o credor fiduciário tem direito de ter consolidada a propriedade em seu nome para a satisfação de seu crédito com o produto obtido em leilões públicos ou, em caso de frustração desses, com a convalidação da propriedade plena do bem, e que poderá dele dispor livremente.

É dever do fiduciário entregar o termo de quitação para o devedor após a quitação da dívida, no prazo máximo de 30 dias, a contar a data de quitação do débito, e caso não atenda poderá pagar multa correspondente a 0,5% (meio por cento) do valor do contrato por mês ou fração. E caso o imóvel seja alienado em leilões por valor maior que a dívida, deve o credor a repassar para o fiduciante o valor que sobejar. (NEGRATO, 2010).

3.6 Cessão de direitos - do Fiduciante

A lei nº 9.514 de 1997 trata da cessão da posição do fiduciante de acordo com seu 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”. O contrato de cessão de direito poderá ser celebrado através de instrumento particular. Dantzger (2005) descreve que o fiduciante tem um direito de expectativa de caráter real, que com a satisfação do crédito irá recuperar automaticamente e por força da lei o domínio do imóvel. Sendo assim, o cessionário obtém todos os direitos e obrigações do contrato original. Assume a posse direta do imóvel, assumindo a obrigação de pagar a dívida.

Na alienação fiduciária o credor fiduciário é o titular do domínio e o devedor fiduciante é o titular de direito aquisitivo. Não podendo o devedor fiduciante assinar transferência de propriedade, conforme prevê o artigo 481 do Código Civil.

(CHALHUB, 2009 *apud* IRIB, 2012). O imóvel não poderá ser transferido através de compra e venda porque a propriedade foi transmitida em caráter resolúvel para o credor fiduciário. O devedor fiduciante não possui a propriedade plena do imóvel.

E como trata-se de transmissão de direito real sobre o imóvel, tem a incidência do imposto de transmissão (ITBI) e precisa ser levado ao cartório de registro de imóveis. Algumas dúvidas surgem referente ao ato que deve ser praticado no cartório de registro. Junqueira (1998 *apud* DANTZGER, 2005, p. 60) dispõe que “o contrato de cessão de direitos do fiduciante necessariamente será levado a registro no competente Registro de Imóveis, tal como contrato original.” O registro deve ser realizado para que se tenha observado o princípio da continuidade, que cada assento registral deve ser efetuado mencionando o anterior, formando o encadeamento histórico. Mas, segundo Dantzger (2005), a colocação do autor é justificada, no entanto por força da Lei nº 10.931 de 02/08/1931, o ato será de averbação, já que após a introdução do item 21, no inciso II, do art. 167 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973 ficou determinado que ao contrário de registro fosse realizado o ato de averbação para o contrato de cessão de crédito imobiliário. Mesmo não constando no seu disposto a cessão dos direitos do fiduciante, entende-se que o ato será o de averbação.

Loureiro (2014, p. 584), descreve que o fiduciante pode transferir seus direitos sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária e esclarece que:

A cessão deve ser objeto de registro para que paga a dívida, o adquirente possa exigir a propriedade plena. A lei não explica a forma como proceder à transferência da propriedade imobiliária ao adquirente: não se admite simples cancelamento do registro da propriedade fiduciária, como ocorreria no caso de pagamento da dívida pelo fiduciante, uma vez que prevaleceria o registro anterior, ou seja, aquele pelo qual o fiduciante adquiriu o domínio antes de passá-lo ao fiduciário. Logo, há necessidade de novo registro, após o cancelamento do supracitado, transferindo a propriedade ao adquirente dos direitos do fiduciante, quando este apresentar prova de quitação da obrigação assumida.

O Código de Normas de Serviços Extrajudiciais do Estado da Bahia (2013) dispõe que o devedor fiduciante poderá transmitir seu direito real de aquisição sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária, somente com a anuência do credor. E o ato que será realizado na matrícula do imóvel será o de averbação incumbindo-se o oficial de observar a regularidade do pagamento do imposto de transmissão.

3.7 Cessão de direitos - do Fiduciário

Como descreve no art. 28 da Lei nº 9.514 de 1997, o fiduciário poderá ceder o crédito objeto da alienação fiduciária que resultará na transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia. Essa cessão da propriedade fiduciária deverá ser levada ao registro no competente Cartório de Registro de Imóveis, para que segundo Chalhub (1998 *apud* DANTZGER 2005), além da eficácia contra terceiros também para o fiduciante, a fim de que o credor esteja formalmente investido para que resguarde os seus direitos no caso de inadimplemento do devedor fiduciante. E que esteja legitimado a se utilizar dos procedimentos de cobrança, constituição em mora, se for o caso, a consolidação da propriedade e ajuizamento da ação de reintegração de posse, tudo que lhe é assegurado conforme consta na lei.

Ainda de acordo com Dantzger (2005), a lei nº 9.514/97, traz o princípio de que o acessório segue o principal. A transferência para o novo credor, implica também na transferência da garantia desse crédito, que é a propriedade fiduciária. O cedente da posição de credor fiduciário, por conta da cessão, eximir-se de todas as obrigações, com exceção se no contrato de cessão estiver convencionado pelas partes que o cedente responde pela solvência do devedor, segundo art. 296 do CC/02.

Siccardi (2008, p. 36-37) relata que a cessão da posição do fiduciário é de muita relevância para o mercado imobiliário, pois efetiva o giro das suas operações e citando Chalhub (1998) dispõe que

Para regular o funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários, é indispensável a cessão do crédito com sua garantia, pois é por meio da cessão do crédito que o originado do crédito transmiti-lo-á à companhia securitizadora e esta, como cessionária do crédito, emitirá títulos a ele correspondentes para colocação no mercado financeiro ou de títulos e valores imobiliários. É esse mercado que constituirá a fonte de recursos para o mercado imobiliário, viabilizando o giro contínuo das atividades do setor.

Nas cessões de crédito da posição do fiduciário é dispensável a notificação do devedor fiduciante, conforme dispõe a lei nº 9.514 de 1997, no seu art. 35, objetivando a celeridade nos negócios. Também não há incidência do imposto de transmissão, assim como coloca Dantzger (2005, p. 64): “o que se tem é apenas

uma cessão de crédito, acompanhada da transmissão da garantia representada pela propriedade fiduciária, estando explicitamente excepcionada pela Constituição a transmissão dos direitos reais de garantia”.

O Código de Normas de Serviços Extrajudiciais do Estado da Bahia (2013 p. 383), destaca em seu art. 1175 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 e independe de anuência do devedor fiduciante”. E dispõe no seu parágrafo único que

Havendo cessão da posição do credor fiduciário, indispensável prévia averbação dessa circunstância na matrícula do imóvel, para fins de substituição do credor e proprietário fiduciário originário da relação contratual pelo cessionário, o qual fica integralmente sub-rogado nos direitos e obrigações do contrato de alienação fiduciária.

3.8 Locação de Propriedade Fiduciária

Chalhub (2012) dispõe que a lei nº 9.514/1997 confere ao fiduciante a posse e a fruição do bem enquanto adimplente, podendo usar livremente por sua conta e risco. Com isso o fiduciante está autorizado alugar o imóvel de acordo com os termos da lei nº 8.245/1991, com anuência ou não do fiduciário. Se o imóvel estiver locado, depois da consolidação da propriedade, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido anuência do fiduciário. E o fiduciário tornando-se proprietário pleno do imóvel a locação pode ser denunciada no prazo de 90 dias a contar da averbação da consolidação tanto pelo fiduciário quanto pelo terceiro que arrematou o imóvel no leilão. A lei determina que no contrato de alienação fiduciária conste uma cláusula específica dessa condição.

Terra (1998 *apud* SCAVONE, 2015, p. 501) esclarece ainda que

Após a denúncia da locação, o fiduciário que teve a consolidação de propriedade consolidada em seu nome pode de utilizar da ação de reintegração de posse em razão de expressa disposição legal e em função do princípio da especialidade, ou seja, a lei especial determina a reintegração de posse, não fazendo distinção, ainda que preveja um modo diverso da lei do inquilinato (Lei nº 8.245/1991) para a denúncia pelo adquirente.

Scavone (2015) explica que a lei nº 8.245/1991 dispõe no art. 8º que o adquirente na retomada do imóvel deve promover ação de despejo. Mas que concorda com a explanação de Marcelo Terra no sentido que a própria lei nº

9.514/1997 destaca prazos diferentes e metodologia diversa e especial em relação a lei nº 8.245/1991, sendo que a alienação fiduciária é pública, não podendo o locatário desconsiderar as consequências da consolidação nas mãos do fiduciário e do público leilão ante o registro imobiliário.

A lei de alienação fiduciária dispõe no seu art. 37-B que “será considerada ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano sem concordância por escrito do fiduciário”. Nos casos em que as locações com prazo determinado e com cláusula de vigência averbada, já tenham sido contratadas anteriormente a alienação fiduciária, o fiduciário e o futuro adquirente terão que respeitar o contrato de acordo com as cláusulas contratadas.

Muitos questionamentos foram levantados referente ao direito de preferência dos locatários. Não há direito de preferência do locatário nos imóveis gravados com garantia fiduciária conforme menciona o art. 32 da Lei nº 8.245, a lei de inquilinato em seu parágrafo único:

Parágrafo único. Nos contratos firmados a partir de 1º de outubro de 2001, o direito de preferência de que trata este artigo não alcançará também os casos de constituição da propriedade fiduciária e de perda da propriedade ou venda por quaisquer formas de realização de garantia, inclusive mediante leilão extrajudicial, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica.

Mas como consta no art. 31 da lei nº 9.514/1997 “o fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária”. Mas conforme explicado pelo professor Chalhub (2012), purgando a mora a locatária tornar-se-á credora do locador referente a quantia que realizou o pagamento, não sub-rogando na garantia fiduciária, pois esta refere-se ao pagamento total da dívida.

Conforme trazido em seu artigo Nelson Kojranski (2007) levanta a dúvida se teria o locatário o direito de preferência no caso de inadimplemento do fiduciante, antes de consolidada a propriedade? Esse questionamento decorre porque as exceções legais referem-se a perda da propriedade nas hipóteses de usucapião, desapropriação e venda condicionada a decisão judicial. O autor sugere equiparar a consolidação fiduciária em dação em pagamento e nesse sentido deveria ser permitido o direito de preferência do locatário antes da consolidação da propriedade,

o que levaria a ruptura do contrato de locação e seria impeditivo usar esse direito nos leilões extrajudiciais.

Chalhub (2012) dispõe que não há direito de preferência do locatário a frente do credor fiduciário na contratação da alienação fiduciária de imóvel que já se encontra locado porque não existe a transferência da propriedade plena para o credor fiduciário e sim a propriedade resolúvel, com tempo determinado e com o objetivo de garantia, que se extingue após cumprida a obrigação. Sendo assim, o proprietário pleno tornou-se o locador, quando era titular exclusivo do domínio. Contrata a alienação fiduciária e torna-se devedor fiduciante mas continua sendo locador. Após extinta a obrigação, voltará a ser proprietário pleno e poderá continuar a ser locador.

Dantzger (2010, p. 159, *apud* CHALHUB, 2012, p. 28) elucida que não há direito de preferência do locatário e reforça como segundo argumento que:

A consolidação da propriedade no credor fiduciário e sua subsequente venda em leilão; nessa situação o alienante não transmite a propriedade por ato de vontade, mas, sim, perde o direito sobre o imóvel por efeito do inadimplemento da obrigação garantida, assim, sendo a consolidação uma das formas de perda forçada do direito real sobre o bem, é hipótese de exclusão do direito de preferência, que, “não existe, também, em absoluto, no momento em que o devedor fiduciante (locador) transfere a propriedade em garantia ao credor fiduciário.

4. Extinção da propriedade fiduciária

A extinção da propriedade fiduciária pode ocorrer mediante o cumprimento da obrigação, que é o pagamento da dívida, com o cancelamento do registro da propriedade fiduciária no cartório de registro de imóveis ou pelo inadimplemento do devedor da obrigação, em que o bem alienado fiduciariamente responderá pela dívida, onde o credor passa a ter a propriedade plena do bem com algumas restrições imposta pela lei.

A alienação fiduciária se destaca em comparação a outros institutos nos casos de inadimplemento da obrigação principal, na celeridade que o credor tem para recuperar seu crédito. Nos termos do art. 26 da lei nº 9.514/1997, vencida e não paga a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, a propriedade do imóvel em nome do credor fiduciário. Ao fiduciante será dado um prazo de 15 (quinze) dias para quitação da dívida em atraso, respeitando o prazo de carência estipulado no contrato. De acordo com o código civil no seu art. 394, “considera-se

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

Descreve sobre a extinção forçada do contrato de alienação fiduciária, decorrente do inadimplemento da obrigação do devedor fiduciante, dá-se mediante consolidação da propriedade no patrimônio do credor, seguida de excussão do bem transmitido em garantia, para levantamento dos recursos necessários à satisfação do crédito e entrega do saldo ao fiduciante ou sua apropriação pelo credor, mediante dação em pagamento, tal como regulamentado pelos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997 (CHALHUB, 2012, p. 11).

Caso o fiduciante purgue a mora, o contrato de alienação fiduciária restabelece-se com todos os efeitos jurídicos. Para Junqueira (1998, p. 58, *apud* DANTZGER, 2005, p. 70), “[...] a conservação do negócio fiduciário foi apenas perturbado pelo inadimplemento do devedor. O negócio entre as partes será tido por eficaz, embora essa eficácia tenha estado periclitante [...]”. A purgação da mora deverá ser feita ao oficial de registro de imóveis competente e este entregará o valor ao fiduciário no prazo de três dias, descontando as despesas com a intimação e cobrança.

O processo administrativo de execução da propriedade fiduciária imóvel deve ser solicitado ao Oficial de Registro de Imóveis em que esteja registrada a alienação fiduciária, que deverá presidir o procedimento executório de acordo como está disposto na lei e não poderá decidir sobre questões que não sejam referentes à formalidade do procedimento (BRANDELLI, 2016).

4.1 Adimplemento e a consolidação da propriedade plena em nome do devedor fiduciante

O pagamento é a principal condição para que a propriedade fiduciária retorne para o patrimônio do devedor. E sobre o pagamento da dívida, o art. 25 da Lei 9.514/1997 dispõe que:

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

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

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

Quando o legislador estipula o prazo para que o credor forneça o termo de quitação – sobre pena de pagamento de multa – tem o objetivo evitar a demora que o sistema financeiro de habitação tem para emitir o termo de quitação em caso de hipotecas (CHALHUB, 1998 *apud* DANTZGER, 2005).

Sobre o cumprimento da obrigação principal, Alves (1979, p. 175) esclarece que:

Com o cumprimento da obrigação pelo devedor, ou, se for o caso, pelo terceiro alienante, verifica-se a resolubilidade a que estava subordinada a propriedade fiduciária. Assim, o credor adquirente, satisfeito seu crédito, deixa de ser titular da propriedade fiduciária, e o alienante – devedor ou terceiro – volta a ser titular de domínio pleno sobre a coisa que fora alienada fiduciariamente. Com a resolução da propriedade fiduciária, extingue-se, também, o desdobramento da posse em direta e indireta, retornando o alienante à sua posição de possuidor pleno da coisa, ao invés de ter apenas – como ocorria pendente *condicione iuris* – a posse direta.

Chalhub (2012) contribui afirmando que o contrato de alienação fiduciária evolui naturalmente, com a execução voluntária do contrato com a quitação total da dívida e a averbação do cancelamento de propriedade fiduciária. Como a propriedade do credor é resolúvel, sendo resolvida com o pagamento, resolve-se o direito de propriedade do credor, automaticamente, sem a intervenção judicial ou qualquer procedimento extrajudicial, apenas com a atuação do cartório de registro de imóveis competente. Sobre o pagamento da dívida, impõe-se os mesmos fundamentos que tratam o art. 304 do CC e o art. 31 da Lei 9.514 de 1997.

4.2 Inadimplemento e a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário

Vencida e não paga a dívida, a propriedade fiduciária pode ser extinta. Após o prazo de carência estipulado pelo contrato conforme § 2º do art. 26 da Lei nº 9.514/1997, o devedor fiduciante ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, deve ser constituído em mora, mediante a intimação, a pedido do credor fiduciário, feita pelo oficial do competente Cartório de Registro de Imóveis, que pode delegar essa diligência para a Oficial do Registro de Títulos e Documentos ou pelo Correio. Se tratando de vários devedores ou cessionários, é necessário a intimação individual e pessoal de todos. Sendo casado o devedor fiduciante, o conjugue deverá ser intimado (art. 1.647 CC e art. 10, § 1º, do CPC), com exceção do regime da separação de bens. Em caso de devedor falecido, a

intimação deverá ser feita ao inventariante ou a todos os herdeiros do devedor. As intimações de pessoas jurídicas serão feitas aos seus representantes legais, indicados pelo credor-fiduciário.

Junqueira (1998 *apud* DANTZGER 2005) ressalta a importância da intimação não ser realizada via Correios e sim pessoalmente, para que não se corra risco de uma má efetivação, mesmo sendo permitido por lei não é a forma mais segura e não há garantia que o devedor fiduciante foi intimado pessoalmente, podendo fragilizar a execução.

No Código de Serviços dos Ofícios Extrajudiciais da Bahia (2013, p. 384) em seu art. 1177, descreve as informações que devem constar no requerimento que o credor fiduciário deve enviar para o oficial de registro de imóveis:

- a) número do CPF e nome do devedor fiduciante (e de seu cônjuge, se for casado em regime de bens que exija a intimação), dispensada a indicação de outros dados qualificativos;
- b) endereço residencial atual, e anterior, se houver;
- c) endereço comercial, se houver;
- d) declaração de que decorreu o prazo de carência estipulado no contrato;
- e) demonstrativo do débito e projeção de valores para pagamento da dívida, ou do valor total a ser pago pelo fiduciante por períodos de vencimento;
- f) número do CPF e nome do credor fiduciário, dispensada a indicação de outros dados qualificativos;
- g) comprovante de representação legal do credor fiduciário pelo signatário do requerimento, quando for o caso.

Neste mesmo código descreve que o oficial de registro de imóveis deve expedir a intimação nos endereços fornecidos pelo credor fiduciário e podendo realizar quando o devedor não for encontrado nesses endereços, a tentativa de intimação no endereço do imóvel dado em garantia. E quando não houver êxito nessa intimação por não localização do devedor fiduciante o oficial de registro de imóveis poderá promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de Comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária. E considerando que o devedor fiduciante, seu representante legal, ou procurador, se oculte e não permita a intimação, o oficial do registro de imóveis informará ao credor para que caso tenha interesse faça a intimação via judicial. O procedimento extrajudicial ficará aberto por 60 dias.

Algumas alterações foram trazidas pela Lei nº 13.465/2017, no intuito de pacificar algumas questões tanto na doutrina como no judiciário. Conforme Abelha (2017), para tornar o processo de intimação do devedor fiduciante mais eficaz, a

intimação por hora certa, onde por duas vezes o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou serventuário por eles credenciado, houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, tendo suspeita que o devedor fiduciante está se ocultando para não receber a intimação, poderá ser intimado qualquer membro da família ou até mesmo um vizinho, de que, no próximo dia útil, retornará ao imóvel a fim de que se efetue a intimação do fiduciante com hora certa. E nos condomínios edilícios ou outros condomínios com controle de acesso, essa intimação poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

O devedor fiduciante deverá realizar o pagamento, no prazo de quinze dias, das prestações vencidas 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. O devedor fiduciante pode também, com anuência do credor fiduciário, dar seu direito que detenha sobre o imóvel em pagamento da dívida, assim dispensando os procedimentos previstos no art. 27 da lei nº 9.514/97. Encerra-se o contrato de alienação fiduciária e o credor adquire a propriedade plena do bem, podendo dispor como quiser.

Chalhub (2012, p. 12) complementa que

Se a garantia tiver sido prestada por terceiros, este deve ser cientificado da notificação expedida ao devedor. Expirado o prazo da mora e não tendo o devedor ou o fiduciante purgado a mora, dá-se a consolidação de propriedade no patrimônio do fiduciário, mediante a averbação no Registro de Imóveis. Uma vez certificada pelo oficial no registro e a não-purgação da mora, deve o fiduciário efetivar o pagamento do imposto de transmissão inter vivos e, se o imóvel for foreiro, do laudêmio, e requerer a consolidação ao oficial, instruindo o requerimento com esses comprovantes desses pagamentos e do documento autorizativo expedido pelo senhorio, quando foreiro o imóvel; à vista desse dossiê, o oficial de Registro averbará a consolidação.

A consolidação de propriedade deverá ser averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora. E que até a data da averbação da consolidação é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas. (§ 1º do art. 26-A da lei nº 9.514/1997). Essa consolidação da propriedade em nome do credor deverá ser realizada porque as condições foram atendidas, mesmo que se tenha uma intervenção judicial (CHALHUB, 2012).

Averbada a consolidação de propriedade o antigo credor seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão, tem legitimidade para promover uma ação de reintegração de posse, onde o devedor fiduciante tem 60 dias para desocupar o imóvel, conforme o art. 30 da lei nº 9.514/1997. Mais uma alteração trazida pela lei nº 13.465/2017 responde às discussões acerca de quando se é devido a taxa de ocupação e dispõe no art. 37-A da Lei nº 9.514/1997 que:

O devedor fiduciante pagará ao credor fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a 1% (um por cento) do valor a que se refere o inciso VI ou o parágrafo único do art. 24 desta Lei, computado e exigível desde a data da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciante até a data em que este, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel.

No código de Normas de Serviços extrajudiciais do Estado da Bahia (2013, p. 388) dispõe no parágrafo único do art. 1.191:

Que decorrido o prazo de 120 (cento e vinte) dias sem as providências elencadas no subitem anterior, os autos serão arquivados. Ultrapassado esse prazo, a consolidação da propriedade fiduciária exigirá novo procedimento de execução extrajudicial, ser exigido, no ato do requerimento, depósito prévio dos emolumentos e demais despesas estabelecidas em lei, importância que deverá ser reembolsada ao apresentante, por ocasião da prestação de contas, quando ressarcidas pelo devedor fiduciante.

4.3 Cancelamento da averbação da consolidação de propriedade em nome do credor

A averbação da consolidação de propriedade na matrícula do imóvel serve para trazer publicidade em relação ao devedor fiduciante e a terceiros interessados em oferecer lances pelo bem, que não teve a dívida paga pelo devedor fiduciante após todos os procedimentos adotados pelo credor fiduciário, podendo este proceder com a venda do bem para obter o valor da dívida em leilões públicos. O cancelamento da propriedade fiduciária pode ocorrer por força da lei, através de uma sentença judicial e ainda pelo interesse dos envolvidos. O ato de averbação na matrícula do imóvel da consolidação da propriedade deixa a sociedade ciente através da publicidade registral que o bem pode ser arrematado em leilão público. (FERNANDES, 2016).

Conforme art. 250 da lei nº 6.015 de 1973, o cancelamento da averbação da propriedade, “poderá ser total ou parcial e referir-se a qualquer dos atos do registro, sendo promovido pelos interessados, mediante sentença definitiva ou documento hábil, ou, ainda, a requerimento unânime das partes que convierem no ato registrado, se capazes e conhecidas do oficial”. Sendo que segundo autor descrito acima, esse cancelamento pode ocorrer através da quitação da dívida, onde o registrador fará uma averbação informando o pagamento pelo devedor fiduciante da integralidade do débito, hipótese essa ocorrida antes de arrematação, ficando cancelados a averbação da consolidação da propriedade e o registro da alienação fiduciária.

Fernandes (2016) complementa que o credor também pode renunciar a cobrança da totalidade da dívida, conforme art. 1.425 do CC de 2002, recebendo apenas parte da dívida e dando continuidade ao contrato nos moldes iniciais, onde o registrado cancelará a averbação da consolidação da propriedade, e que será dado seguimento no pagamento da dívida nos exatos termos do contrato de alienação fiduciária.

Muitos questionamentos eram trazidos acerca sobre a purgação da mora pelo devedor fiduciante após a consolidação da propriedade. Mas em decisões recentes, o STJ defendeu a possibilidade do devedor fiduciante quitar a dívida após a consolidação da propriedade. A lei nº 13.465/2017 dispõe que no caso de inadimplemento da obrigação, o devedor conforme previsto no art. 26-A, § 1º, da lei nº 9.514 de 1997, terá o prazo máximo de 45 dias para purgação da mora. Com esse novo dispositivo, o credor fiduciário tem mais 30 dias após a expiração do prazo para purgação da mora para providenciar a averbação da consolidação da propriedade. Caso seja consolidada a propriedade em nome do credor, o devedor fiduciante através do dispositivo da lei tem assegurado do direito de preferência para a aquisição do imóvel sendo que será uma nova aquisição.

4.4 Leilão Público

Os procedimentos extrajudiciais e o leilão de imóvel foram introduzidos no direito positivo como meio de abreviar os processos para a continuidade e retorno dos empréstimos com rapidez para atender de uma maneira coletiva a oferta de créditos e aos interesses dos adquirentes. E como os outros meios tradicionais de outras garantias eram morosos, apresentavam desvantagens pelo custo, afastando

os investimentos com garantia imobiliária, fazendo-se necessário a criação de novas condições para estimular os investidores em uma sociedade mais industrializada. (CHALHUB, 2010).

Após a consolidação da propriedade em seu nome, no prazo de 30 dias subsequentes, de acordo com o art. 27 da lei nº 9.514/1997, o fiduciário, deverá oferecer o imóvel em dois públicos leilões. O leilão para bens imóveis é obrigatório, não sendo permitido ao credor ficar com o imóvel para que não ocorra abusos. O ato deve ser divulgado antecipadamente. No primeiro leilão como dispõe no seu art. 24, VI, da referida lei, o valor convencionado que constou no contrato para esse fim. E no segundo leilão, o valor da dívida acrescidos dos encargos e despesas. A lei nº 13.465 trouxe uma importante alteração sobre o valor mínimo para o primeiro leilão, se o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel estipulado de acordo com o art. 24 da lei nº 9.514/1997, deverá ser realizado o segundo leilão nos próximos quinze dias seguintes, com isso espera-se que o valor de alienação fique equiparado ao valor de mercado (CHALHUB, 2012; VENOVA, 2015).

Conforme § 2º, do art. 27 da lei nº 9.514/1997, “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”. Podendo ocorrer que o imóvel seja vendido com valor abaixo do mercado, não tendo mais referência ao valor do imóvel, busca-se atender o interesse do credor, que é a satisfação de seu crédito. Outra inovação de muita relevância incluída pela lei nº 13.465/2017 é referente a comunicação do credor fiduciário ao devedor fiduciante a respeito dos leilões, as datas, horários e locais. A comunicação deve ser feita através de correspondências direcionadas aos endereços constantes nos contratos e endereços eletrônicos.

Após 05 dias da venda do imóvel, o credor fiduciário deverá entregar ao devedor fiduciante a importância que sobrar da transação, levando-se em conta o valor de indenização de benfeitorias, deduzindo-se o valor da dívida, das despesas e encargos, fato esse que importará em recíproca quitação. (art. 27, § 4º, da lei nº 9.514/1997). “Caso não se alcance, no leilão, valor suficiente para pagamento da dívida, o antigo devedor fica liberado da responsabilidade de pagamento do saldo devedor remanescente”. (CHALHUB, 2012, p. 12). Scavone Júnior (2015) esclarece que o valor de arrematação em leilão contemplará eventuais benfeitorias, por extensão, acessões (construções ou plantações).

A lei nº 9.514/1997 não prevê a realização de um terceiro leilão no caso dos dois leilões anteriores terem sido negativos, desobrigando o credor fiduciário a novas tentativas de alienar o imóvel em leilões públicos, podendo criar a imagem de enriquecimento sem causa, porque o imóvel pode ser alienado em qualquer tempo e sem restrição de valores. A propriedade do credor fiduciário, antes com restrição torna-se plena. Desonera-se, igualmente, o antigo devedor-fiduciante do pagamento da dívida (DANTZGER, 2005). O autor não acredita em enriquecimento sem causa porque o credor vai receber um imóvel que segundo ele é “ilíquido” e que não conseguiu em um segundo leilão ser alienado para a recuperação de seu crédito e ainda terá despesas fiscais, condominiais e de manutenção.

No código de normas de serviços dos escritórios extrajudiciais do estado da Bahia (2013, p. 389), dispõe em seu art. 1.195 que:

Realizados os leilões e, sendo negativos, ocorrerá a consolidação da propriedade plena na pessoa do fiduciário e a extinção da dívida.

§ 1º. A averbação da quitação da dívida, será feita a requerimento do credor fiduciário ou de pessoa interessada, esclarecendo a realização dos leilões e a não arrematação do bem, ocorrência que deverá constar expressamente da respectiva averbação, inclusive para atender o disposto no art. 248 da Lei nº 6.015/73, e será instruído com cópias autênticas das publicações dos leilões e dos autos negativos, assinados por leiloeiro oficial.

§ 2º. O fiduciário não poderá dispor do bem antes de requerer a averbação da extinção da dívida, nos termos do § 6º da Lei nº 9.514/97 e do art. 248 da Lei de Registros Públicos, tendo em vista o princípio da continuidade registral, nos termos dos artigos 195 e 237 do mesmo diploma legal.

De acordo com a inclusão do §2-B do art. 27, pela lei nº 13.465/2017, mesmo que a propriedade tenha sido consolidada em nome do fiduciário, a inclusão desse artigo garante ao devedor o direito de preferência até o 2º leilão para aquisição do imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas, aos valores correspondentes ao ITBI e laudêmio (se for o caso), pagos na consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário. Sendo responsável em arcar com as despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão. Juridicamente será uma nova aquisição, tendo que arcar também com os encargos tributários, custas e emolumentos para esta aquisição.

Em se tratando de locação, no § 7º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, incluído pela Lei nº 10.931 de 2004 dispõe que:

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

Através do leilão o credor fiduciário está vendendo coisa própria, realizado para o cumprimento do ônus imposto pela lei. Diante da complexidade social da condição resolutiva no caso de alienação fiduciária, este ônus imposto pela Lei nº 9.514/1997, justifica-se e opera-se como um benefício do devedor, com o objetivo de obter recursos para a restituição do valor pago que estiverem no contrato de mútuo (CHALHUB, 2010).

O autor explica a importância dos procedimentos para o negócio:

A validade e eficácia do procedimento de cobrança e leilão dependem, obviamente, do cumprimento dos trâmites e requisitos estabelecidos pela lei, cuja inobservância poderá importar na nulidade dos atos viciados, e entre esses requisitos essenciais estão a notificação pessoal do devedor fiduciante, para a purgação da mora, a realização do leilão, etc. (CHALHUB, 2012, p. 13).

Para que o leilão seja considerado eficaz e tenha a segurança jurídica almejada é de suma importância que os procedimentos estejam descritos no contrato de maneira clara para que não sejam levantadas dúvidas capazes de prejudicar e torná-lo nulo. O sistema jurídico brasileiro trata o sistema de leilões com muita clareza, mas algumas decisões estão sendo registradas pelo Poder Judiciário e está havendo a confirmação da impossibilidade de ser considerado como preço vil nas arrematações nos leilões extrajudiciais tais como exemplos:

Ação anulatória de atos extrajudiciais c.c. revisão contratual Financiamento imobiliário vinculado ao SFH e garantido por cláusula de alienação fiduciária Execução extrajudicial prevista na Lei nº 9.514/97 Possibilidade de controle judicial Procedimento de natureza idêntica ao previsto no Decreto-Lei nº 70/66, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo STF Notificação pessoal dos devedores para purgação da mora e intimação do leilão efetivada pelo credor fiduciário Inexistência de qualquer irregularidade formal capaz de ensejar a anulação da execução extrajudicial, pois os mutuários foram devidamente notificados e tiveram a oportunidade de purgar a mora (Art. 26 da Lei nº 9.514/97) Alegação de preço vil Não configuração Imóvel arrematado por terceiro em leilão público extrajudicial - Preço vil não caracterizado, considerando que o valor da arrematação é superior àquele indicado no contrato para fins do leilão previsto na Lei nº 9.514/97 e correspondente a 58,61% do valor constante do primeiro edital de venda extrajudicial - Sentença reformada. Recurso provido. Revisional

de contrato de empréstimo para aquisição de imóvel (SFH) Consolidação definitiva da propriedade do imóvel em favor do Banco réu e posterior arrematação do bem por terceiro em execução extrajudicial, antes mesmo do ajuizamento da ação revisional Desaparecimento da relação contratual celebrada entre as partes Perda do objeto advinda da extinção do contrato de financiamento, acarretando a falta de interesse de agir em relação ao pedido de revisão contratual - Ausência de interesse processual, como condição da ação, matéria de ordem pública que pode ser reconhecida de ofício pelo Tribunal (art. 267, § 3º, do CPC) Processo, nesta parte, extinto, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Recurso provido, para julgar improcedente a ação anulatória de execução extrajudicial. De ofício, julgaram extinta a ação revisional de cláusulas contratuais, sem resolução de mérito. (TJ-SP,-APL: 10143420820148260002 SP 1014342-08.2014.8.26.0002, Relator: Francisco Giaquinto, Data de Julgamento: 10/12/2014, 13ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/12/2014)

Analisando a jurisprudência citada como exemplo não houve configuração de preço vil, pois o imóvel foi alienado por valor maior que 50% do valor de avaliação utilizado em primeira praça: R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e a arrematação ocorreu no segundo leilão no valor de R\$ 140.671,1111 (cento e quarenta mil seiscentos e setenta e um reais e onze centavos), correspondente a 58,61% do valor constante do primeiro edital de venda. Todos os procedimentos extrajudiciais utilizados foram conforme disposto na lei nº 9.514/1997.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO (SFI). CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEL COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL EM NOME DO CREDOR. LEI 9.514/97, ART. 26. AÇÃO ORDINÁRIA ANULATÓRIA DE VENDA EXTRAJUDICIAL. PEDIDO REJEITADO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO. IMPROVIMENTO DO APELO DOS AUTORES. SENTENÇA MANTIDA. 1. Os autores pretendem a anulação do procedimento realizado sob o rito da Lei 9.514/1997, que culminou na execução extrajudicial de imóvel adquirido por meio do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), com garantia de alienação fiduciária, a restituição das parcelas pagas e indenização das benfeitorias, com fundamento em irregularidades da execução extrajudicial. 2. Encontra-se provado nos autos que a intimação dos autores foi realizada de acordo com o art. 26 da Lei 9.514/97, tendo a intimação pessoal sido objeto de três tentativas que, após frustradas, foi expedido o edital de intimação, publicado por três dias, em jornal de grande circulação. 3. Não há falar em arrematação por preço vil, uma vez que, na data de 2.5.2005, época da contratação, o imóvel foi avaliado em R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais) e, no Edital de Concorrência Pública, datado de 19.3.2008, o imóvel foi avaliado em R\$110.000,00 (cento e dez mil reais). 4. Os autores pagaram somente as 5 (cinco) primeiras parcelas do financiamento, ficando em atraso no pagamento das parcelas desde 29.10.2005. 5. Não tendo os autores demonstrado a existência do vício que alegam no processo de execução extrajudicial e tendo sido comprovada pela instituição financeira a regular notificação para purgação da mora, deve ser considerada válida a execução, que substancia regular exercício do direito do credor, não havendo possibilidade de concluir pela indenização das benfeitorias ou pela

ocorrência de dano moral. 6. A consolidação da propriedade em nome do agente financeiro observou o disposto no artigo 26 Lei 9.514/1997, ou seja, houve a prévia e regular notificação dos devedores para purgar a mora, no prazo legal, que permaneceram, contudo, inertes, resultando improcedente o pedido autoral de anulação da execução extrajudicial procedida nos termos dessa lei. 7. Apelação a que se nega provimento. (TRF-1 - AC: 000038708200940135010000387-08.2009.4.01.3501, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, Data de Julgamento: 27/01/2016, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 28/04/2016 e-DJF1)

Nesse segundo caso observa-se que não há nulidade no procedimento extrajudicial e nem constatação do preço vil conforme relatado pelo autor pois na época da contratação, o imóvel foi avaliado em R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais). E no Edital de Concorrência Pública datado de 19/3/2008, o imóvel foi avaliado pela CEF em R\$110.000,00 (cento e dez mil reais).

5. Constitucionalidade da execução extrajudicial

Notificado regularmente o devedor e não purgada a mora, a propriedade fiduciária será consolidada em nome do credor, conforme art. 26, § 7º da lei nº 9.514/1997. Muito se é questionado e discutido no judiciário e na doutrina sobre a constitucionalidade do procedimento da execução extrajudicial, instituída pelo Decreto de Lei 70/1966, que prevê em caso de inadimplemento do mutuário, a expropriação do imóvel financiado sem que tal procedimento passe pelo crivo do Poder Judiciário. Isso porque os argumentos utilizados a favor ou contra a constitucionalidade do decreto lei são basicamente os mesmos usados referente a consolidação da propriedade fiduciária. (DANTZGER, 2005).

Conforme explicitado por Pantano (2016), o legislador definiu em lei com o objetivo de assegurar os direitos das partes envolvidas no contrato com garantia fiduciária ou o terceiro de boa fé, que venha adquirir o imóvel em leilão, nos procedimentos que ocorram extrajudicialmente, devem constar no contrato os prazos e as providências a serem tomadas. Porém muito debatida é a questão da cobrança extrajudicial da obrigação contraída quando na concessão de um financiamento imobiliário e nos leilões para fins de realização da garantia. Busca-se esclarecer se o procedimento previsto na Lei nº 9.514 de 1997 reveste de constitucionalidade e válido, ou mostra-se inconstitucional, ou seja, viciado.

Segundo Chalhub (2000), os arts. 25 a 30 da Lei 9.514/97 regulam os procedimentos que revestem de celeridade e de segurança a garantia fiduciária. Beneficia o fiduciante com o retorno da propriedade ao seu patrimônio

automaticamente e por força da lei depois da quitação da dívida. Regula os mecanismos da mora, a consolidação da propriedade em favor do credor em caso de inadimplemento da obrigação principal e o leilão extrajudicial do imóvel. Todos esses procedimentos acontecem na esfera extrajudicial. E a reintegração do credor na posse do imóvel que se processa em juízo.

Ainda segundo o autor, existem muitas divergências no âmbito jurídico a respeito da cobrança e leilão concernente a alienação fiduciária sem passar pelo Poder Judiciário. Através da análise dos princípios constitucionais objetiva-se concluir ao final do estudo pela constitucionalidade e validade do procedimento ou, a inconstitucionalidade do presente instituto referente a execução extrajudicial.

5.1 Posição contrária ao procedimento executório regulado pelo Dec-lei 70/1966

Conforme assevera Dantzger (2005), alguns estudiosos defendem que os preceitos legais que criou a execução extrajudicial, traz alguns vícios de inconstitucionalidade porque fere alguns princípios do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O princípio da inafastabilidade de jurisdição (inciso XXXV), “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse princípio é a garantia constitucional de acesso à justiça a todos como direito fundamental. E o poder judiciário deverá aplicar o direito de maneira a atender as demandas dos cidadãos na resolução de seus problemas.

Para fortalecer a argumentação de inconstitucionalidade do decreto-lei 70/1966, os estudiosos que apoiam essa corrente citam outros incisos da Constituição Federal e outro ponto de relevância é a análise do princípio do devido processo legal, em que os mutuários executados extrajudicialmente não podem ser privados de seus bens sem o devido processo legal, conforme disposto na CF/88, IV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. E conclui Moraes (2004, p. 125, *apud* Sávio, 2010, p. 54) é que:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O princípio do contraditório e ampla defesa vem disciplinado na Constituição Federal no art. 5º, LV, que dispõe “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A diferenciação entre ampla defesa e contraditório é muito bem esclarecida por Moraes (2000, p. 117) citado por Vaz (2011) que:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe permitam trazer para o processo todos os elementos que tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor se apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa da que foi dada pelo autor.

Estudos propostos por Farias & Rosenvald (2012), defendem que a execução extrajudicial traz vícios de inconstitucionalidade e argumentam que as instituições financeiras estão sendo tratadas de maneira diferenciada em detrimento do devedor e que o procedimento de execução sendo realizado unilateralmente pelo credor fiduciário, sem interferência do Poder Judiciário, possibilita um dano ao devedor fiduciante que tem nas mãos do credor a definição do seu bem. Para eles, o § 2 do art. 27, da lei nº 9.514/1997 é inconstitucional, porque o dispositivo permite que o segundo leilão aceite o maior valor oferecido, sendo que ultrapasse o valor do débito, sem considerar o valor pago pelo fiduciante. Além da perda do imóvel o devedor poderá perder todo o valor pago. É uma violação ao processo legal sem a presença do estado-juiz. Segundo os autores “sempre devemos lembrar que o trinômio vida/liberdade/propriedade é genericamente garantido pelo *due process of law*” (p. 583). Os autores citam a observação de LUNARDI (2004, p. 210), referente a “afronta ao princípio da igualdade, em razão de a norma afastar o tratamento paritário entre as partes”. A construção o § 2 do art. 27, da lei nº 9.514/1997, possibilita o enriquecimento sem causa de uma das partes, porque o devedor fiduciante poderá perder a propriedade e receber um valor irrelevante (art. 884, do CC).

Farias & Rosenvald (2012, p. 583) conclui a sua argumentação dispondo que:

O art. 57, da Lei nº 10.931/04 efetuou algumas alterações na Lei nº 9.514/97, mas nada fez para sanar a grave falha da Lei nº 9.514/97. Na

defesa dos interesses do mercado e da segurança na circulação jurídica, muitas vezes o legislador ofende excessivamente ao princípio da justiça. Incentiva-se o tráfego negocial, pois a propriedade fiduciária é sobremaneira atraente ao credor, pelo fato de a lei em comento ter criado um novo título de crédito – lastreado em crédito imobiliário –, permitindo-lhe negociar os valores emprestados, transferindo o crédito a terceiros. Todavia, restringem-se direitos fundamentais, pois na tensão entre a autonomia privada e os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, a ponderação do legislador foi equivocada, privilegiando o “ter” em detrimento do “ser”, na contramão do afirmado pelo sistema civil-constitucional.

Os estudos de Dantzger (2005) descreveram que, conforme o art. 32 do Dec-lei 70/1966, uma vez efetivada a alienação do imóvel através do leilão, estaria se ferindo algumas garantias constitucionais, tais como acesso à justiça, plenitude da defesa com todos os meios e recursos inerentes, juiz natural ou pré-constituído, da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável, da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais.

O autor analisa que é questionável a materialização de um processo legal assistido por um órgão investido constitucionalmente na função e com competência e imparcialidade determinada por lei. Relata, ainda, que o devido processo legal exige igualdade das partes e respeito ao cumprimento da sistemática processual, concluindo que não se pode observar, segundo os estudiosos contrário a essa corrente, que pela exposição do contexto, os princípios do processo legal no uso do procedimento extrajudicial.

Ainda segundo Dec.–Lei 70/1966, dessa vez sobre a análise do art. 31, Dantzger (2005) complementa que, deixando a condução da execução nas mãos do agente fiduciário, estaria este diminuindo a função que é própria do Poder Judiciário não garantindo nenhuma possibilidade de defesa ao executado, senão a liquidação da obrigação pelos critérios utilizados pelo credor, ferindo a garantia da ampla defesa. Os adeptos a inconstitucionalidade observam que os procedimentos extrajudiciais reduzem a defesa do devedor, no sentido que a ampla defesa importa, antes de mais nada, a prévia audiência, direito maior que não convive com os efeitos da preclusão da notificação extrajudicial da iniciativa do agente fiduciário. Segundo tal entendimento, o prazo da notificação não é para defesa e sim para a purgação da mora, reconhecendo nesse sentido o pedido (CHALHUB, 2010, p. 396).

A execução extrajudicial possibilita a expropriação privada do bem pelo credor em flagrante afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que poderia considerar nulo o ato jurídico expropriatório considerando o regime constitucional

vigente. Para essa corrente que defende a inconstitucionalidade seria como algo absurdo, um retrocesso à fase mais primitiva do direito romano. Descreve que não é aceitável que a discursão sobre um endividamento referente ao imóvel que serve de residência para uma família, pode ser tomado sem passar pelo crivo de um juiz (DANTZGER, 2005).

Vale ressaltar que com a promulgação da lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017 houve o estabelecimento que os artigos 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/1966 aplicam-se “exclusivamente aos procedimentos de execução de créditos garantidos por hipoteca”. Segundo Abelha, 2017, os procedimentos previstos nesses artigos são incompatíveis com a alienação fiduciária.

5.2 Posição favorável ao procedimento executório regulado pelo dec.-lei 70/1966 e à cobrança extrajudicial prevista na Lei 9.514/1997

Em análise as contribuições doutrinárias no que diz respeito a inconstitucionalidade TAKEMI citado por FARIAS & ROSENVALD (2012), expressa que a facilidade da retomada e a consolidação da propriedade pelo credor havendo inadimplemento, serve de incentivo para o crescimento da construção civil, porque o risco do investidor é diminuído quando o ordenamento jurídico dispõe de um instituto que permite a recuperação do crédito do investidor de forma mais célere. Essa segurança movimenta a economia para a diminuição das taxas de juros, impulsionada pelo baixo risco.

O sistema da Lei nº 9.514/1997 trata da transferência da propriedade ao credor, sob condição resolutiva objetivando a garantia. Quando é efetivado o pagamento da dívida, a propriedade do credor extingue-se automaticamente, sem a intervenção judicial, passando o bem ao domínio do devedor fiduciante livre e desembaraçado. E se o devedor não paga a dívida, o bem continua no domínio do credor, consolidando em seu nome também sem a intervenção judicial. (CHALHUB, 2010, p. 388 *apud* Freitas, 1952).

O autor dispõe de forma bastante esclarecedora que:

Nos procedimentos extrajudiciais disciplinados pela Lei nº 4.591/1964, pelo Decreto-Lei 70/1966 e pela Lei nº 9.514/1997, existe efetivamente a possibilidade de deflagração do contraditório, que opera mediante reação do adquirente inadimplente, em contraposição à informação relativa ao início do procedimento de cobrança. A notificação, em qualquer dos procedimentos extrajudiciais considerados, transmite ao adquirente uma

informação que lhe dará possibilidade de opor resistência, concretizando o binômio *informação-reação* caracterizador do contraditório. A reação do devedor será eventual, mas é viável porque o ordenamento oferece todos os meios processuais para que ele manifeste e, se for o caso, obtenha a sustação do procedimento, observadas as condições da ação definidas na lei processual. (2010, p. 401)

O procedimento de execução extrajudicial regulado pela lei nº 9.514/1997 é constitucional para uma grande maioria de doutrinadores e segundo a essa vertente não é uma afronta a Constituição Federal já que o devedor que se sentir prejudicado tem acesso ao judiciário, a ampla defesa e ao contraditório. O processo só pode ocorrer a partir da notificação do devedor referente a sua mora, através de um oficial do cartório de imóveis ou cartório de títulos e documentos. Não privando ao devedor a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário desde que tomou conhecimento da notificação para análise do procedimento de execução e ampla defesa. A ampla defesa e o devido processo judicial podem ser exercidos não somente posterior a execução, mas no curso da mesma para impedir, reprimir pelos meios processuais próprios, quaisquer eventuais ilegalidades que sejam cometidos (ALVIM NETO) podendo ainda o devedor se utilizar conforme art. 273 do CC dos efeitos da Tutela.

Para Dinamarco (2001, p. 128, *apud* CHALHUB, 2010, p. 394), o cumprimento do processo legal, deve se levar em consideração que os procedimentos de cobrança e realização da garantia, mesmo pelo judiciário tem campo de defesa relativamente reduzido. O acesso à justiça, na cobrança do crédito, não tem a abrangência com que se apresenta no processo de conhecimento, pois a “execução não comporta discursões nem o julgamento sobre a existência do crédito (...) o contraditório que se estabelece endereça-se somente aos julgamentos que nesse processo de comportam. “

Martins (2007, *apud* CHALHUB, 2010, p. 394), esclarece que

O ponto de partida para análise da questão está no reconhecimento de que os procedimentos extrajudiciais têm natureza jurídica de *autotutela* (ai compreendida na acepção de autotutela moderna, estruturada dentro do sistema legal, e não como vingança privada) e não de *processo*, sendo equivocado, do ponto de vista metodológico, exigir para esses procedimentos os mesmos requisitos de validade do processo.

Chalhub (2010) cita em seguida como o autor dispõe em seu trabalho os pontos com importância para serem discutidos sobre constitucionalidade:

(i) não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que a matéria não está inscrita na esfera sujeita à chamada reserva de juiz (*Richtervorbehalt*), que implica no “monopólio não só da última, mas também da primeira palavra”, observando que a matéria – interesses patrimoniais disponíveis – está sujeita apenas ao inafastável “monopólio da última palavra”, sempre assegurado ao jurisdicionado;

(ii) não há ofensa a isonomia (vislumbrada por alguns na desigualdade de regimes do procedimento extrajudicial e do processo judicial), salientando que “rematada desigualdade seria permitir a utilização do processo como fator de estímulo à inadimplência de alguns, num círculo vicioso que encarece o crédito e, com isso, torna o acesso aos bens mais difíceis para todos”;

(iii) não há ofensa à garantia fundamental do acesso à justiça, e nesse sentido sustenta que não se nega o recurso do devedor à via judicial e que a alocação do ônus de demandar na esfera jurídica do devedor é coerente com a sistemática processual vigente, na qual a garantia fundamental do contraditório – no caso, o ônus de provocá-lo – se apresenta de formas distintas no contexto de interesses disponíveis e indisponíveis, sendo certo que os procedimentos extrajudiciais tratam de interesses patrimoniais disponíveis;

(iv) não cabe falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade, porque não está em questão a medida da ingerência do Estado na esfera jurídica dos cidadãos, que constitui o conteúdo do princípio de origem germânica;

(v) não há ofensa à lógica do razoável, pois o nível de inadimplência considerável e significativa probabilidade de êxito do credor em uma hipotética demanda judicial em face do devedor justificam a assunção de maiores riscos de alcançar um resultado falho onde houver uma maior probabilidade de se alcançar um resultado correto e célere.

Chalhub (2010) relata que o extinto Tribunal Federal de Recursos posicionou pela constitucionalidade das normas do Decreto-lei nº 70/1966, confirmando ser esse o entendimento no Superior Tribunal de Justiça através do Resp nº 46.050-RJ (1994) que dispõe em sua ementa:

Ação anulatória de execução extrajudicial de imóvel financiado pelo S.F.H. – DECRETO-LEI nº 70/66 – Irregularidades não comprovadas.

I- Não comprovadas as alegadas irregularidades no processo de alienação extrajudicial do imóvel, não há motivos para a sua anulação;

II- Reconhecida a constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66;

III- Consumada a alienação do imóvel, em procedimento regular, torna-se impertinente a discussão sobre o critério de reajuste das prestações da casa própria;

IV- Recurso improvido.

O autor esclarece que as decisões que reconhecem a venda extrajudicial com o princípio constitucional baseiam-se que não há exigência constitucional para que a venda ocorra na esfera judicial, ressaltando que sempre houve admissibilidade pelo nosso direito da venda com a iniciativa do credor, como por exemplo, do caso objeto da garantia no penhor, desde que constasse em contrato. Essas decisões são justificadas com o esclarecimento que as normas relativas a esses procedimentos

não têm nenhum impeditivo para serem levadas ao judiciário numa lesão ou possível lesão. E se caso a venda foi irregular o interessado pode ter sua anulação através de ação própria. Para o autor os tribunais reconhecem a constitucionalidade do procedimento especial de Decreto-lei nº 70/1966 baseando-se em vários argumentos, em especial, a recepção pela Constituição Federal de 1988.

Dantzger (2005) esclarece que a execução extrajudicial, nos referidos textos legais tem a finalidade de prevenir o dano, e está acessível a todos, como diz a Constituição. E conforme observado nos ensinamentos de Alvim Neto, em parecer a ABECIP, o objetivo do legislador em referência ao Decreto-lei 70/1966 era de alcançar o equilíbrio entre a atuação do Estado que busca conseguir recursos progressivo para a moradia, atendendo uma demanda social, e a do indivíduo que pode usar dos planos habitacionais disponibilizados pelo Estado, mas com a obrigação de cumprir com o compromisso assumido através do contrato que faz lei entre as partes. Ocorrendo esse equilíbrio atinge-se a função social da propriedade.

O autor dispõe que o legislador buscava permitir rápidas medidas judiciais que incentivasse a manutenção das políticas habitacionais e que fez alusão ao decreto-lei 70/1966 no art. 21 da lei nº 8.004/1990 que:

Somente serão objeto de execução na conformidade dos procedimentos do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, ou da Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971, os financiamentos em que se verificar atraso de pagamento de três ou mais prestações.

Orlando Gomes (1985/1997, p. 380 *apud* DANTZGER, 2005, p. 99) descreve que são diversos argumentos que podem ser citados a favor da constitucionalidade da execução extrajudicial em questão, mas destacam-se:

- 1.º não se impede, nem se proíbe, o acesso à via judicial;
- 2.º se há lesão de direito no caso, quem a sofre é o credor por efeito do inadimplemento do devedor; e é a ele, credor, que a Lei faculta a escolha da via extrajudicial;
- 3.º ao devedor não é defeso buscar a via judicial em qualquer fase da execução extrajudicial (ou, acrescente-se, antes dela), não estando excluída, por conseguinte, a cognição pelo Poder Judiciário;
- 4.º há exemplos na legislação nacional de execução ou cobrança por via extrajudicial (no penhor, na alienação fiduciária em garantia, na falência) sem que jamais se houvesse agüido a inconstitucionalidade das disposições que as autorizam;
- 5.º a própria Lei (Dec.-Lei 70/1966) prevê o controle jurisdicional (art. 37) ainda que *a posteriori*, exigindo carta de arrematação na venda por leiloeiro que, transcrita no Registro de Imóveis, possibilita ao adquirente imitir-se, por meio de concessão liminar, na posse do bem;

6.º por último responsabiliza o agente fiduciário que, mediante comprovada má-fé, alienar imóvel pela via extrajudicial.

Martins (2008, p. 299) cita que a partir dos estudos doutrinários mais recentes, é válido ressaltar a mudança de orientação de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2001), que era contra a execução extrajudicial de créditos do Sistema Financeiro da Habitação e passou a manifestar-se pela plena legitimidade das execuções extrajudiciais num retorno a consulta da Associação Brasileira de Instituições Financeiras de Desenvolvimento - ABDE, conforme parecer firmado em 23 de outubro de 1998, a propósito precisamente da edição da Lei nº 9.514/9711:

Haveria conflito com a garantia do substantive *due process* se a legislação retora da alienação fiduciária em garantia extrapolasse os limites do razoável, excluísse a apreciação judiciária do comportamento do credor-fiduciário após a consolidação do domínio e com isso rompesse o equilíbrio que precisa preponderar entre a segurança do crédito e a preservação do direito de propriedade, constitucionalmente assegurado (Const., art. 5º, inc. XXII). Mas a compatibilidade constitucional está preservada a partir do momento em que a lei manda oferecer idônea oportunidade para purgar a mora, veda a definitiva integração do imóvel ao patrimônio do credor, exige a venda em leilão, manda entregar-lhe eventual sobra e deixa portas abertas ao controle jurisdicional. Respeitados pela legislação os limites à discricionariedade do exercício do poder pelo legislador, eventuais excessos em casos concretos serão apreciados pelo Poder Judiciário (Const., art. 5º, inc. XXXV); transgredidos em casos concretos os preceitos legais pertinentes ao instituto, do mesmo modo o controle jurisdicional afastará eventual lesão.

(...) Pessoalmente, no passado sustentei a inconstitucionalidade dessa construção, mas os tribunais caminharam decididamente em sentido oposto, apoiados na oferta de oportunidades para discutir o preço e na legitimidade sócio-econômica da socialização do crédito mediante a prática de financiamentos com alienação fiduciária em garantia. Os mesmos raciocínios transpõem-se agora à alienação fiduciária de bens imóveis, seja porque é sempre garantido o recurso ao Poder Judiciário, seja pela utilização do instituto. O recurso ao controle jurisdicional é admissível em dois momentos e com duas finalidades fundamentais. Logo ao início, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim (lei n. 9.514, de 20.11.97, art. 26, §§), é lícito ao devedor-fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor (p. ex., negando a mora) ou mesmo a regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária (lei cit., art. 26, § 7º), poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (art. 27). Tudo com apoio na promessa constitucional de acesso à justiça, que a lei não arreda nem poderia arredar (Const., art. 5º, inc. XXXV). Por isso e tendo presente a linha jurisprudencial formada com firmeza em relação à alienação fiduciária de bens imóveis não se choca com a garantia constitucional do *due process of law* nem afronta a inafastável promessa de tutela jurisdicional e acesso à justiça (Const., art. 5º, incs. LIV e LV).

Segundo esclarecido por Dantzger (2005), as contestações sobre a constitucionalidade do procedimento executório, não exclui da apreciação do judiciário, não priva o mutuário do processo legal e de ser cientificado de todo o processo. E o que se pretendeu segundo o autor pelo Dec-lei 70/1966, referente a execução extrajudicial, como pela Lei 9.514/1997 referente à alienação fiduciária do bem imóvel, foi com o adimplemento estimular o desenvolvimento virtuoso para a geração de novos negócios e não a expropriação gratuita dos mutuários.

Wald (2001 *apud* DANTZGER, 2005) destaca que a consolidação da propriedade fiduciária em nome do fiduciário conforme disposto na lei nº 9.514/1997, embora aconteça extrajudicialmente não a torna inconstitucional. Analisando o Dec-lei 70/1966 e a lei nº 9.514/1997 sustenta que os dois procedimentos são similares e faz alusão a jurisprudência para justificar a constitucionalidade da execução extrajudicial e por consequência a consolidação da propriedade fiduciária em nome do fiduciário conforme disposto abaixo:

96. Nesse sentido manifestou-se o STF, justificando-se a transcrição de pequeno trecho do voto do eminente relator;
A venda efetuada pelo agente fiduciário, na forma prevista em lei, e no contrato, como um meio imprescindível à manutenção do indispensável fluxo circulatório dos recursos destinados à execução do programa da casa própria, justamente porque provenientes, na quase totalidade, como se sabe, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), é, portanto, um ato que não refoge ao controle judicial, estando por isso, longe de configurar uma ruptura no monopólio do Poder Judiciário.

97. Indiscutivelmente constitucionais, assim, as regras contidas na Lei nº 9.514/1997, mesmo porque se trata aqui de consolidação de propriedade sobre coisa própria (*ius in re*), ainda que resolúvel, havendo, por conseguinte, maior razão para assim se proceder do que em caso de hipoteca. E se essa última hipótese é admitida, conclui-se que, na alienação fiduciária, a constitucionalidade dos dispositivos comentados não poderá ser questionadas (STF-1998. RE 233.075 – Ministro Ilmar Galvão).

Em momento algum é tirado do devedor fiduciante inadimplente o direito de ingressar no judiciário, desde o primeiro momento em que recebe a notificação para purgar a mora, para defender-se informando que não existe mora ou a cobrança está errônea, superior ao que acha o certo. Podendo também alegar irregularidade do procedimento extrajudicial, ou não sendo purgada a mora, para discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (DANTZGER, 2005).

Acompanhando esse argumento o autor faz referência a DINAMARCO (2002, p. 1.280) que expõe:

O recurso ao controle jurisdicional é admissível em dois momentos e com duas finalidades fundamentais. Logo no início, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim (Lei 9.514, de 20.11.1997, art. 26 e parágrafos), é lícito ao devedor fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor (por exemplo, negando a mora) ou mesmo a regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária (lei cit., art. 26, § 7.º), poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (art. 27). Tudo com apoio da promessa constitucional de acesso à Justiça, que a lei não arreda nem poderia arredar (CF, art. 5º, inciso XXXV).

O autor prossegue em seus argumentos e destaca as hipóteses pelas quais, na sua análise, estará sendo efetivada a tutela jurisdicional no caso analisado, a saber:

- a) admissibilidade de reclamações referentes ao próprio contrato e às cláusulas que contém, inclusive mediante ações declaratórias a serem propostas pelo devedor;
- b) possibilidade de impugnar o procedimento instaurado perante aos cartórios do registro imobiliário, seja mediante negativa da mora, seja com alegação de vícios do procedimento em si mesmo;
- c) oferta de meios idôneos para a discussão do valor pelo qual o bem garantidor haja sido transferido a terceiro.

Sobre a discussão do valor pelo qual o bem tenha sido transferido para terceiro, o autor conclui que não se pode considerar nem execução e nem liquidez. A dívida acaba após o segundo leilão, independente se o valor arrecadado for superior, igual ou inferior ao dela, mas não tendo sobra o valor inferior que não satisfaça ao devedor, este pode ajuizar uma ação pedindo o reconhecimento de seu direito ao valor que entende devido (DINAMARCO, 2002 *apud* DANTZGER, 2005).

Terra (1998, p. 53-54, *apud* DANTZGER, 2005, p. 114-115), em análise sobre a constitucionalidade do procedimento extrajudicial de cobrança e leilão em caso de mora do devedor, opina favoravelmente ao procedimento e dispõe que:

Muito se discutirá a respeito dos aspectos constitucionais do leilão extrajudicial, razão pela qual manifesto, de pronto, minha opinião pela absoluta compatibilidade do procedimento em tela com os ditames da Constituição Federal, por respeitar as garantias individuais de que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito' (art. 5º, inciso XXXV) e de que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (art. 5º, inciso LIV).

(...) O leilão extrajudicial somente será realizado após a consolidação plena da propriedade na pessoa do credor (fiduciário), a qual está indissolúvelmente condicionada à preexistência de mora não purgada do devedor (fiduciante). Ora, se o devedor (fiduciante) tiver justa causa para o não pagamento da sua dívida, ou se houver razão para impugnar qualquer formalidade do procedimento de intimação ou de realização do leilão

extrajudicial, ele (devedor fiduciante) poderá, sem qualquer embaraço, demandar judicialmente antes, durante ou posteriormente ao leilão, o acesso ao juiz natura é inafastável, podendo o Poder Judiciário, instado pelo interessado, decidir a respeito de todas as questões suscetíveis. Seria efetivamente inconstitucional se a disposição legal vedasse ao devedor (fiduciante) o direito de demandar a respeito de qualquer aspecto do contrato de alienação ou do procedimento decorrente do seu próprio inadimplemento. Em casos análogos de leilão extrajudicial (na lei de condomínio e incorporações, no Dec.-lei 70/1966 etc.), a jurisprudência se orienta pela constitucionalidade do procedimento.

Narciso Orlandi Neto (1997 *apud* DANTZGER, 2005) esclarece que os Tribunais tendem de aceitar a constitucionalidade diploma legal que disciplina o procedimento extrajudicial de cobrança no tocante à alienação fiduciária de imóveis. O autor confirma que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que os dispositivos do Dec-Lei 70/66 não são inconstitucionais, que estão em vigor e não foram revogados nem pelo Código de Processo Civil. No entanto, segundo o autor as questões mais onerosas e as que geram mais polêmicas previstas na Lei 9.514 de 1997 serão contidas e amenizadas com os princípios apontados no Código de Defesa do Consumidor. Sobre a constitucionalidade do procedimento extrajudicial na execução da alienação fiduciária em garantia, existem precedentes relativos ao Dec.-lei 70/1966.

Dantzger (2005) dispõe que a Súmula 39 do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo diz que:

‘São inconstitucionais os arts. 30, parte final, e 31 a 38 do Dec.-lei 70, de 21 de novembro de 1966. Mas o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que os dispositivos não são inconstitucionais e continuam em vigor, não revogados nem pelo Código de Processo Civil, que é posterior’. (REsp 46.050, rel. Mm. Garcia Vieira, j. 27 de abril de 1994, citado por Theotonio Negrão, cpc, 28. cd., Saraiva, nota n. 1 ao Dec.-lei 70, p. 900).

O autor conclui que diante do apresentado muitos doutrinadores estão tendenciosos a uniformizar o entendimento segundo o qual o procedimento de cobrança extrajudicial e leilão, regulado pela lei ° 9.514/1997 é plenamente constitucional e válido.

5.3 O leilão extrajudicial e o código de defesa do consumidor

Conforme pressupõe o art. 53 da lei nº 8.078 de 1990, referente ao Código de Defesa do Consumidor, nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em

garantia, são consideradas nulas as cláusulas que tratam da perda total das prestações pagas pelo devedor fiduciante em benefício do credor que busca a retomada do bem alienado por conta do inadimplemento. Segundo Chalhub (2012), esse ordenamento jurídico tem como princípio inicial dispor a vedação do enriquecimento sem causa do credor, se submetendo a toda e qualquer situação. Mas ocorre que algumas relações de consumo têm particularidades que se diferenciam uma das outras e por isso tem tratamento jurídico e legal de acordo com essas particularidades.

O autor dispõe a seguir que (p. 15):

A Lei nº 9.514/1997, que é lei especial e não é incompatível com a Lei nº 8.078/1990 (CDC), razão pela qual, a despeito de os princípios de proteção do consumidor se aplicarem aos contratos de alienação fiduciária quando caracterizem relação de consumo, o acertamento de haveres nessa espécie de contrato deve seguir o critério específico estabelecido pelo art. 27 da Lei nº 9.514/1997 e não o critério genérico previsto no art. 53 do CDC, seja porque o critério da lei especial não conflita com o princípio enunciado naquele dispositivo do CDC, seja porque aquele é o critério próprio para execução de crédito garantido por direito real.

A lei de alienação fiduciária passou a vigorar 07 anos depois da lei de defesa do consumidor e muito é debatido pela doutrina à aplicação do artigo 53 da lei nº 8.078 de 1990 nos contratos garantidos por alienação fiduciária disciplinado pela Lei nº 9.514 de 1997, mais especificamente dos procedimentos adotados para os casos de inadimplemento para satisfação do crédito do credor, porque nesse artigo dispõe claramente sobre alienação fiduciária em garantia. (DANTZGER, 2005).

Segundo Dantzger (2005), citando o Código Civil em seu art. 2º, descreve que

A lei de Introdução ao Código Civil, preceitua que “ não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue” e o mesmo artigo, em seu §2º, prevê que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

A partir desse esclarecimento, por ser posterior e por regular de forma específica o instituto, prevalece onde há as divergências. E ainda sobre o assunto, o professor CHALHUB dispõe em parecer publicado pela ABECIP, citado por Dantzger (2005, p. 80) que

“Com efeito, a alienação fiduciária de bens imóveis (assim como a de bens móveis) tem disciplina própria, que regula de maneira específica e exaustiva as consequências da mora e a excussão do bem objeto da garantia, tudo com vistas à observância dos mesmos princípios de equidade e de equilíbrio das relações contratuais também perseguidos pelo Código de Defesa do Consumidor e, assim sendo, não de prevalecer as leis especiais, em caso de conflito de normas.

No caso da alienação fiduciária de bens imóveis, a prevalência se dá não só em razão do critério da especialidade da lei, como, também, pelo critério da cronologia, pois a lei que disciplina a alienação fiduciária de bens imóveis é posterior ao Código de Defesa do Consumidor”.

A lei nº 9.514 conforme art. 27 estabelece que o fiduciário deve reembolsar ao devedor fiduciante, a diferença que possa existir entre o valor da dívida e o valor superior alcançado pela venda em leilão público, afastando a possibilidade de perda total das prestações pagas pelo fiduciante, em concordância com o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. E estabelece também que se no 2º leilão não se alcance o valor suficiente para o pagamento da dívida, não será cobrado saldo devedor remanescente isentando o antigo devedor da obrigação. Para nesta hipótese há uma compensação, em que o devedor fiduciante ficará sem o imóvel em caso de inadimplemento, mas será exonerado da cobrança desse saldo devedor por força da lei. Reforçando que a lei de alienação fiduciária teve o cuidado para que fosse evitado o enriquecimento ilícito do credor fiduciário. E conclui que essa compensação preza pela eficácia da realização da garantia fiduciária de bens imóveis (DANTZGER, 2005; CHALHUB, 2012; TREVELIM, 2016).

Segundo o entendimento de Alvim Neto, em parecer a ABECIP, o fiduciário fez um empréstimo para a compra de um imóvel e que as parcelas pagas pelo devedor são a amortização da dívida mais os encargos decorrentes do negócio. E cita que segundo o Código Civil, a igualdade de tratamento que o legislador dispensa a todos os mutuários, e fazendo uma análise mais aprimorada, em que se o devedor fiduciante utiliza-se do bem, nada paga por essa utilização e posteriormente não tem mais condições de adimplir conforme contratou, e segundo o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, fosse receber a devolução dos valores pagos, estaria configurado o enriquecimento sem causa e decorrente do sistema jurídico.

O autor cita a diferença em relação a promessa de compra e venda em que as parcelas pagas ao credor têm origem do próprio patrimônio do devedor, sendo compatível com o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. E que o vendedor neste caso lucra com a venda do imóvel, o que não ocorre na alienação fiduciária,

em que o credor lucra com os encargos e taxas do financiamento contratado. Deixando ratificado que as parcelas pagas pelo devedor fiduciante são as amortizações do que recebeu de empréstimo do credor para aquisição do imóvel mais encargos e taxas contratuais, como qualquer empréstimo contratado.

Terra (1998, p. 74, *apud* DANTZGER, 2005, p. 85) esclarece a respeito do tema que:

“Ainda que, como argumentação, se queira analisar a incidência da regra do citado art. 53 (do Código do Consumidor), concluo que, alienado a terceiros o imóvel em leilão extrajudicial, poderá ou não haver quantia sobejável e restituível ao devedor (fiduciante): na hipótese negativa, absolutamente não incide a regra do art. 53 Código de Defesa do Consumidor, eis que o credor (fiduciário) não fica com o imóvel, tudo se passando como se o próprio devedor (fiduciante) houvesse alienado, com prejuízo, a terceiro, seu direito real de expectativa, sub-rogando-se o adquirente nos direitos e obrigações do contrato cedido, como se dá no leilão extrajudicial na lei de condomínio e incorporações.

O autor citando o jurista Arnold Wald, conclui que o leilão é realizado para amortização da dívida e das despesas. E que as prestações pagas já foram consideradas na fixação do saldo devedor, não ocorrendo a perda das prestações pagas de acordo com art. 27 § 3º da lei nº 9.514 de 1997.

De acordo com Chalhub (2012), a comparação entre as regras do CDC e da Lei nº 9.514/1997, tem sido considerada pelos tribunais, com predominância o reconhecimento do ajustamento do procedimento de extinção do contrato com garantia de alienação fiduciária mediante a execução do crédito e o leilão do imóvel objeto dessa garantia. E que segundo o autor não existe conflito entre o CDC e a Lei nº 9.514/1997. Sendo que a lei de alienação fiduciária dispõe de procedimento capaz de gerar recursos suficientes para restituição das quantias pagas pelo devedor fiduciante, de acordo com o critério da execução de crédito da própria lei. A lei de alienação fiduciária prevalece sobre o CDC, que é lei geral e anterior. E regula de forma específica a restituição que é prevista no art. 53 do CDC de maneira genérica. Cita também o autor que os tribunais superiores já apreciaram a questão da aplicação de leis especiais em relação ao CDC e que os tribunais estaduais vêm seguindo essa orientação.

E por fim, a exemplo de jurisprudência, cita-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, que confirma o entendimento doutrinário sobre a não violação do art. 53 do CDC.

AÇÃO DE COBRANÇA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA COM FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO E PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INADIMPLEMENTO DOS COMPRADORES. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM AFASTADA. RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. INADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 53 DO CDC. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DA FIDUCIÁRIA. ARREMATAÇÃO DO BEM. INEXISTÊNCIA DE SALDO EM FAVOR DOS AUTORES. RESTITUIÇÃO DE PARTE DO MONTANTE PAGO A SER APURADO SEGUNDO AS REGRAS DO ART. 27 DA LEI Nº 9.514/97. 1. A cláusula de arbitragem inserida em contratos de adesão deve obedecer inteiramente o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96, sob pena de nulidade cominada pelo art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor. No caso, em que pese a cláusula ter sido destacada em negrito, é certo que, em virtude de o contrato ter sido celebrado por intermédio de escritura pública, os autores não exararam visto especialmente para essa cláusula, razão pela qual a cláusula compromissória adquiriu contornos de compulsória, o que é vedado pela legislação consumerista. 2. Não é o caso de se aplicar o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, permitindo a restituição das parcelas pagas pelos autores, tampouco de se reconhecer a rescisão do contrato que já foi rescindido. A hipótese dos autos trata de compromisso de compra e venda com alienação fiduciária em garantia, disciplinada pela Lei nº 9.514/1997, de modo que vencida e não paga a dívida, constituído em mora o fiduciante, a propriedade do imóvel se consolida em nome do fiduciário. 3. A ré cumpriu integralmente a sua prestação, entregando o imóvel e celebrando o contrato de compra e venda. Financiou o preço e tornou-se credora fiduciária, com propriedade resolúvel sobre a unidade autônoma. Disso decorre não mais existir contrato bilateral a ser resolvido, por iniciativa de qualquer das partes. Existe somente contrato unilateral de mútuo garantido por propriedade fiduciária. 4. O inadimplemento dos autores não acarreta a resolução do contrato de compra e venda, perfeito e acabado. Cabia à credora fiduciária apenas a execução do preço financiado, mediante excussão do imóvel vinculado ao crédito garantido por propriedade fiduciária. 5. No caso, não se verifica qualquer ilegalidade na realização do leilão pela ré, porque, diante do confessado inadimplemento, a Lei autorizava a consolidação da propriedade do imóvel em favor do credor fiduciário (arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97). 6. De todo modo, o reconhecimento de que não há ilegalidade na consolidação da propriedade do imóvel pela ré, inviabiliza a pretensão à devolução dos valores pagos pelos autores, visto que desapareceu o fato no qual estava amparado o direito em questão em razão da excussão do imóvel dado em garantia. 7. No caso, a ré obteve a consolidação da propriedade do imóvel pelo valor de R\$ 304.096,30, outorgando aos compradores plena, geral e irrevogável quitação da dívida, nos termos do § 6º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97. Portanto, descabe o pedido de devolução dos valores pagos a título de financiamento de imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia, que só seria possível com o reconhecimento de saldo favorável aos autores no leilão do imóvel garantidor da dívida, o que não ocorreu na hipótese. 8. Sentença reformada. Provido o recurso da ré para julgar improcedente o pedido e prejudicado o recurso dos autores (TJ-SP - APL: 02215671720118260100 SP 0221567-17.2011.8.26.0100, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 10/03/2015, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/03/2015).

O contrato de mutuo com garantia de alienação fiduciária no caso de bens imóveis é regulado pela lei nº 9.514/1997, lei específica e posterior ao Código de Defesa do Consumidor, não sendo aplicável o art. 53, que é um dispositivo

genérico. No caso citado, por conta do inadimplemento das parcelas, não foi observado a ilegalidade na execução do crédito e na consolidação da propriedade pelo credor. As intimações e a certificação cartorária foram realizadas conforme descrito nos arts. 26 e 27 da lei nº 9.514/1997. E o imóvel foi levado a leilão sem qualquer vício de ilegalidade. Inviabilizando a pretensão de devolução dos valores pagos pelos autores.

Conforme Melo (2007, p. 489, *apud* TREVÉLIM, 2016, p. 465) “[...] entende que a penetração da Lei nº 8.078/1990 é maior que a da Lei nº 9.514/1997, porque aquela tem seu fundamento de validade na própria Constituição Federal, que repudia o confisco e o enriquecimento sem causa”. E comenta que art. 53 veda a perda das prestações pagas mesmo na alienação fiduciária em garantia, e que para o autor há incidência do CDC na matéria, inclusive na aplicação da súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às Instituições Financeiras. Para Cristiano Chaves de Farias & Nelson Rosenvald, citado por Trevelim (2016), trata-se de uma ofensa ao processo legal que leva ao enriquecimento sem causa, porque segundo os autores há uma inconstitucionalidade no §2º do art. 27, com a arrematação do bem pelo valor da dívida sem restituição ao devedor das parcelas pagas.

Já o autor citando Zilda Tavares, dispõe posicionamento diferente dos abordados:

O conflito entre a alienação fiduciária em garantia e o Codecon, indicando a antinomia jurídica que se forma, pois os contratos de crédito imobiliário são de adesão, de modo que a relação de crédito está sob a égide do Codecon. Assim, para a referida autora, “a utilização do instituto da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis não pode ser vista independentemente do ordenamento jurídico [...], referente a questões de constitucionalidade da execução extrajudicial, a falta de indenização das benfeitorias e a tributação [...]”.

Da mesma forma que não é correto que o fiduciante tenha a restituição do integral dos valores pagos, pois usufrui do bem imóvel durante o tempo do contrato, [...] para manter o equilíbrio da relação de consumo, deveria ser aplicado o art. 53 do CDC, abatendo-se caso a caso, as perdas e danos do bem imóvel, como ocorre nos consórcios e compra e venda de imóveis”. Ficaria então evidente “a desproporção, para não dizer injustiça.

[...] Como solução, podemos até permitir a consolidação da propriedade para o fiduciário, mas pelo valor fixado no contrato, se descontado o valor remanescente da dívida, devolvendo o que sobejar ao fiduciante. Assim, como na hipoteca, o credor não pode receber mais do que seu crédito.

Scavone Junior (2015) entende que o art. 53 do CDC é aplicável nos contratos com garantia de alienação fiduciária de bens imóveis porque a lei consumerista se aplica nas relações de consumos, ou seja, que contenham fornecedor e consumidor. Conforme disposto no art. 2º e 3º da Lei nº 8.978/1990, o autor conclui que existe relação de consumo:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O citado autor reforça que apesar da existência de leis específicas que regulam por exemplo incorporações e loteamentos, há também a incidência do CDC. E que, portanto, é impossível afastar a aplicabilidade do art. 53 da Lei nº 8.078 de 1990 dos contratos com garantia de alienação fiduciária de bens imóveis. E que o fato da lei nº 9.514/1997 prever devolução do valor que sobejar do valor da dívida, caso o imóvel seja levado para leilão, trata-se de superfetação legal, que é afirmado caso se dê a retenção desses valores constituiria enriquecimento ilícito do fiduciário.

Nery (1999, *apud* SCAVONE, 2015, p. 495-496), esclarece a respeito do CDC que não se recomenda a devolução total das parcelas pagas, o que a norma proíbe é a perda total das parcelas pagas e dispõe que:

As compras a prestação, sejam de móveis ou imóveis, com garantia hipotecária, com cláusula de propriedade resolúvel, de alienação fiduciária, reserva de domínio ou outro tipo de garantia, o Código não permite que se pactue a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, por inadimplemento do consumidor.

Deve ser descontado do valor pago os prejuízos que o fiduciante pode ter causado ao fiduciário, conforme disposto pelo art. 389 do Código Civil. Não sendo aceito que o fiduciante seja ignorado no gozo dos seus direitos. E que com a prática de juros abusivos pelo mercado, o valor do imóvel permanece estável e o saldo

devedor evolua ultrapassando o valor do imóvel, trazendo como consequência a perda total do imóvel (SCAVONE JÚNIOR, 2015).

Scavone (2015, p. 496) explica que

O fato do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor ter se referido à retomada do bem, não significa, a não ser em obtusa interpretação gramatical, que esse artigo não se aplica à alienação fiduciária, na qual a retomada do bem não é pleiteada.

A uma, porque a retomada pode ser da posse direta, que evidentemente ocorrerá com o inadimplemento e, a duas, porque o Código de Defesa do Consumidor é anterior à Lei da Alienação Fiduciária de bem imóvel, e por obívio, não poderia prever as particularidades do novel instituto.

O autor finaliza, citando o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Por todo o exposto concluir-se que a lei nº 9.514 de 1997 é uma lei especial, específica e que disciplina todo o assunto referente a alienação fiduciária de bens imóveis, obedecendo ao princípio da especialidade legal e da cronologia, prevalece sobre o CDC. Mas por outro lado o fiduciante perder todo o valor pago foge aos fins sociais a que a lei determina-se. Sendo assim, cabe ao judiciário analisar cada caso e verificar como se deu o processo de consolidação de propriedade plena em nome do credor fiduciário. E caso contenha vícios que leve a prejuízos do devedor fiduciante que seja determinado a reparação para sanar os prejuízos.

5.4 Análise jurisprudencial da Lei 9.514/1997 – Como o Poder Judiciário está resolvendo os conflitos ocasionados pela utilização do instituto

A presente monografia se propôs analisar, após conceituar o instituto, expor suas características, a forma e a extinção do contrato, como o Poder Judiciário está tomando decisões nos processos referente a execução extrajudicial de alienação fiduciária em garantia. Para isso será exposto algumas jurisprudências dos 02 últimos anos, tomando como base o Tribunal de Justiça do estado da Bahia.

Vale ressaltar que várias mudanças ocorreram na legislação para se chegar ao que temos hoje concernente a alienação fiduciária. E a partir das mudanças da legislação e da interpretação dos tribunais com diversas discussões referente ao tema, a economia do país sofreu um grande impacto, tanto na concessão de créditos pelos bancos como na situação dos consumidores na condição de tomador.

Muito se era discutido sobre a comunicação do devedor fiduciante sobre o leilão do imóvel. De acordo com os artigos do decreto 70/66, “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito se encontra consolidada no sentido da necessidade de intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial.” (Recurso Especial Nº 1.447.687 – DF, julgamento em 21 de agosto de 2014). Tendo havido a consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário e a extinção da dívida do devedor fiduciante não faria sentido adotar esta providência. Mas o legislador para resolver essas questões e não se ter nenhuma dúvida, as datas, horários e locais dos leilões devem ser comunicados ao devedor, mediante a correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive endereço eletrônico. A intimação do devedor fiduciante tem suma importância nessa modalidade de execução. Mudança trazida pela lei nº 13.465/2017. Caso não se comprove que o devedor fiduciante foi comunicado sobre o leilão poderá levar a nulidade do procedimento conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça da Bahia que cancelou o leilão porque não tinha provas da intimação ao devedor.

PROCESSUAL CIVIL. IMÓVEL ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DÉBITO. BEM. LEILÃO. DEVEDORES. INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA. TUTELA. ANTECIPAÇÃO. REQUISITOS. AUSÊNCIA. DECISÃO. MANUTENÇÃO.

- I- O deferimento da tutela antecipada exige a demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desde que a medida seja dotada de reversibilidade;
- II- A teor do disposto no artigo 27 da Lei nº 9.514/97, após a consolidação da propriedade no patrimônio do credor, o imóvel fiduciário poderá ser levado à leilão, devendo, entretanto, os devedores serem intimados pessoalmente acerca da data de sua realização;
- III- Ausente a prova de que os devedores foram intimados acerca da data da realização do leilão, impositiva é a manutenção da decisão que determinou a suspensão dos efeitos da alienação do bem fiduciário. RECURSO NÃO PROVIDO (TJ-BA. AI: 0011846-09.2017.8.05.0000, Relator (a): Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 27/09/2017).

A eficácia da execução extrajudicial da alienação fiduciária subordina-se ao cumprimento dos procedimentos constantes no art. 26 da lei nº 9.514/1997. Para que não haja nulidade no procedimento, se faz necessário seguir passo a passo do que foi determinado pelo legislador. A não notificação extrajudicial pode causar vícios irreparáveis, levando a nulidade do procedimento. A lei prevê expressamente

que o devedor fiduciante deve ser notificado pessoalmente sobre a consolidação da propriedade do imóvel em favor da instituição financeira visando a possibilitar a purgação da mora pelo devedor fiduciante a fim de evitar a ocorrência de leilão extrajudicial.

O Tribunal de Justiça da Bahia tem negado os recursos mediante a não comprovação da intimação do devedor fiduciante conforme descrito na lei nº 9.514/1997, fato que indica suposto vício no procedimento de execução extrajudicial, aptos, portanto, a embasar o pedido de suspensão do procedimento. As jurisprudências têm se pronunciado no sentido de que a intimação editalícia só tem lugar após esgotadas as tentativas da intimação pessoal do devedor fiduciante. A necessidade de intimação pessoal tem previsão constitucional da propriedade como direito fundamental, conforme art. 5º, XXII, da Constituição Federal, o que torna justificável a exigência de um tratamento rigoroso ao procedimento que visa desapossar o devedor desse direito essencial.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEILÃO DE EXTRAJUDICIAL DE IMÓVEL. SUSPENSÃO. ATO JURÍDICO NÃO APERFEIÇOADO. VÍCIO MATERIAL INSANÁVEL. DEVEDORA MORANDO NO IMÓVEL OBJETO DO FINANCIAMENTO. EDITAL PRECIPITADO. PERICULUM IN MORA & FUMUS BONI IURI PRESENTES. RECURSO IMPROVIDO.

- I- A notificação extrajudicial que constitui em mora o devedor deve ser promovida na forma da Lei 9.514/97, mais especificamente de seus art. 26 e parágrafos;
- II- Conforme se depreende da leitura dos autos e da documentação juntada com a petição inicial, a agravada mora do imóvel, não sendo verdade que se encontra em local incerto ou ignorado;
- III- A observância e eficácia do procedimento de notificação extrajudicial é essencial para oportunizar a devedora a purgar a mora;
- IV- in casu, as notificações extrajudiciais não se aperfeiçoaram a ponto de constituir a agravada em mora; Agravo improvido (TJ-BA. AI: 0005850-30.2017.8.05.0000, Relator (a): Ivanilton Santos da Silva, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 19/09/2017).

Alguns julgados utilizam-se do argumento que a lei nº 9.514/1997 objetiva a consecução do direito social e constitucional à moradia e que pelo que a hermenêutica no caso em estudo deve maximizar as chances de o imóvel permanecer com o devedor, mas sem impor prejuízo à satisfação do crédito do agente financeiro. E que segundo o Superior Tribunal de Justiça deve-se levar em consideração o princípio da menor onerosidade contido no art. 620 do CPC, “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que

se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. (Recurso Especial Nº 1.433.031, julgado em 03.06.2014).

Agravo de Instrumento. Decisão de 1º grau que suspendeu leilão e execução extrajudiciais, dentre outros, condicionando a eficácia da medida ao depósito judicial dos valores vencidos e vincendos, indicados na inicial como incontroversos. Numa cognição sumária, própria deste momento processual, demonstrada a existência dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência, em 1º grau, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, caput, NCPC). A princípio, os limites constitucionais ao poder de tributar não foram observados pelo recorrente, o qual se utilizou de critérios variados para fixar alíquotas diversificadas de energia elétrica e serviços de telecomunicação, afastando, assim, a importância social dos serviços citados. Proceder de outra maneira seria albergar o periculum in mora inverso, gerando prejuízos aos recorridos com o decurso do tempo necessário ao julgamento de mérito da lide. Frise-se que a presente decisão visa garantir o resultado útil da ação principal, acaso julgada procedente, privilegiando a efetividade da justiça. Recurso não provido. ACÓRDÃO (TJ-BA. AI: 0005454-53.2017.8.05.0000, Relator (a): José Cícero Landin Neto, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 10/10/2017).

Aplicou-se em alguns julgados a teoria do adimplemento substancial do contrato, em que as parcelas adimplidas tem valor significativo para se preservar a função social do contrato e os princípios da boa-fé que são norteados pelos direitos constitucionais fundamentais, visando o bem comum. A função social do contrato nesse sentido teve como objetivo a de evitar o desfazimento do contrato e para mantê-lo ativo. O princípio da boa-fé visa dar garantia de solidez aos negócios jurídicos. Os contratos são meios em que as partes buscam a conquista de fins previamente definidos, sem admissão de vantagens que comprometam o equilíbrio do contrato.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DA REALIZAÇÃO DE LEILÃO REFERENTE AO IMÓVEL OBJETO DA LIDE. CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DEVEDOR QUE SE PROPÕE A PAGAR AS PARCELAS REMANESCENTES. BOA-FÉ DEMONSTRADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.

1. A manifestação expressa e indubitável do devedor em honrar a avença afasta o intuito da recorrente de levar o imóvel objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia a hasta pública, sobretudo quando se trata de imóvel residencial, o qual possui uma íntima conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF);

2. Assim, malgrado o recorrido não tenha sido localizado, no início, para que pudesse quitar a sua obrigação, o adimplemento substancial do contrato (77%) aliado ao interesse inequívoco de pagamento do valor

residual retira a existência de lesão grave e de difícil reparação em desfavor da instituição financeira;

3. Recurso improvido. (TJ-BA. AI: 0014962-57.2016.8.05.0000, Relator (a): Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 28/11/2016)

Algumas sentenças demonstram a constitucionalidade do procedimento de cobrança extrajudicial previsto pela Lei nº 9.514/97 quando todos os procedimentos são realizados sem nenhum vício, seguindo os trâmites legais. Vencida e não paga o devedor fiduciante conforme a lei 9.514/97 será constituído em mora e será consolidado a propriedade em nome do credor fiduciário. Trata-se de procedimento constitucional, em que a reclamante levou a lide ao conhecimento do Poder Judiciário.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DEFESA DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INESISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.514/97. INADIMPLÊNCIA. MOTIFICAÇÃO PARA PURGAR A MORA. DESCUMPRIMENTO. INDADIMPLENTO QUE IMPLICA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM FAVOR DO FIDUCIÁRIO. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. IDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E MATERIAL INCABIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

- I- Restou evidenciado que o apelante foi notificado, em 2014, para quitação das parcelas em débito, tendo o mesmo demonstrado o pagamento das mensalidades de 2012. Todavia, não trouxe aos autos a prova da quitação do ano de 2014, conforme inteligência do artigo 333, I, do CPC.
- II- Nos termos do art. 26, da Lei 9.514/97, a purgação da pressupõe o pagamento integral do débito, inclusive dos encargos legais e contratuais.
- III- Vencia 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 (art. 26, Lei 9514/97).
- IV- Panteada a ausência de quitação das parcelas em aberto, até a data da notificação recebida, a consolidação do bem em nome do banco é uma prática decorrente do exercício regular de direito, sem traduzir dor moral impondo-se a manutenção improcedência da ação. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (TJ-BA. APL: 0960283-76.2015.8.05.0113, Relator (a): Roberto Maynard Frank, Quarta Câmara Cível, Publicado em 11/11/2015).

APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. COMPRA DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRESTAÇÕES SEM PAGAMENTO. SENTENÇA JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. APELO. REVELIA NÃO INDUZ, ESSENCIALMENTE, A PRESUMIR-SE COMO VERDADEIRAS AS ALEGAÇÕES FORMULADAS PELA AUTORA. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE REFORMA DA SENTENÇA NÃO SE SUSTENTA. PROPOSTA DE CONSIGNAÇÃO PARA

PAGAMENTO DE VALOR QUE NÃO REPRESENTA A DÍVIDA. DESATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 890 DO CPC/1973. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA RECUSA DO CREDOR EM RECEBER PAGAMENTO, E DA LIQUIDEZ E CERTEZA DA DÍVIDA. CERTIDÃO DO 4º OFÍCIO DE IMÓVEIS DESTA CAPITAL ATESTA QUE NA DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO "JÁ RESTAVA CONSOLIDADA A PROPRIEDADE DO IMÓVEL EM FAVOR DA RÉ.". SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO (TJ-BA. APL: 0511836-36.2016.8.05.0001, Relator (a): Maria da Graça Osório Pimentel Leal, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 01/09/2017).

Considerações finais

Entende-se que alienação fiduciária em garantia é um negócio jurídico de direito real de garantia sobre coisa própria. O devedor fiduciante transfere a propriedade resolúvel para o credor fiduciário, com o escopo de garantia de uma obrigação assumida. Após o cumprimento da obrigação o devedor adquire a propriedade plena. Caso não seja adimplida a obrigação o bem poderá ser levado a leilão público, após consolidação da propriedade pelo credor fiduciário. Para o entendimento do conceito de alienação fiduciária que se tem hoje se fez necessário apresentar a evolução histórica do instituto, que era baseado na confiança e boa-fé mantido pelas partes.

A Alienação fiduciária surge no Brasil regulada pela lei de mercados e capitais a princípio restrita a bens móveis e duráveis, com o objetivo de acelerar a industrialização do país. E em 1969 é regulamentado o procedimento de busca e apreensão, que determinou o procedimento para a retomada, leilão e venda para execução do crédito. E em 1997, surge a lei nº 9.514 para regulamentar exclusivamente a alienação fiduciária de bens imóveis, com o objetivo de estimular a economia e atrair novos investimentos pela celeridade dos procedimentos de execução extrajudicial dando maior segurança ao instituto em caso de inadimplemento.

Na alienação fiduciária, com o registro do contrato no cartório de imóveis se dar a constituição da propriedade fiduciária em caráter resolúvel que deve ser restituída ao fiduciante por força da lei após cumprimento da obrigação. Essa propriedade é resguardada pelo patrimônio de afetação e é incomunicável ao patrimônio do credor, dando mais segurança aos envolvidos no negócio.

A extinção da propriedade fiduciária pode ocorrer mediante ao pagamento da dívida, com o cancelamento do seu registro no cartório competente, em que o credor

deixa de ser titular da propriedade e da posse indireta e o devedor fiduciante retorna a ter a propriedade em seu domínio pleno. Ou pelo inadimplemento da obrigação principal, onde o devedor fiduciante deve ser constituído em mora, pelo procedimento extrajudicial, de acordo como explicitado o §2 do art. 26 da lei nº 9.514/97. E caso o devedor não purgue a mora, o credor fiduciário terá a propriedade consolidada.

Após a consolidação da propriedade, conforme determinado por lei, o credor fiduciário deverá levar o bem a leilão público e caso seja arrematado, o devedor fiduciante pode receber a diferença que sobrar da transação abatendo a dívida, as despesas e encargos.

Com relação ao procedimento de execução extrajudicial e alienação em leilão público da propriedade existe uma grande discussão referente a sua constitucionalidade. Muitos doutrinadores defendem que o procedimento estipulado pelo art. 27 da lei nº 9.514/1997 é legal e não retira o direito do devedor fiduciante buscar o Poder Judiciário a qualquer momento. Reforçam que a Lei nº 9.514/1997 não é contra ao direito de propriedade. A lei garante esse direito com a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário em detrimento do devedor que não purgou a mora após ser notificado e que tem garantia de efetuar o pagamento da mora utilizando o contraditório e a ampla defesa.

Outra corrente defende a inconstitucionalidade da execução extrajudicial e a venda em leilão sem passar pelo crivo do juiz que segundo esse entendimento, é o único capaz de julgar com imparcialidade. E que também fere os princípios constitucionais porque o devedor fiduciante perde a propriedade sem o processo legal e sem análise do Poder Judiciário. Essa corrente ressalta que o devedor fiduciante além de perder a propriedade pode perder todo o valor pago, porque no segundo leilão é aceito o maior valor oferecido desde ultrapasse o valor do débito, sem considerar o valor pago pelo fiduciante e por isso seria uma violação ao processo legal sem a presença de um juiz.

A uma tendência a uniformizar o entendimento que a execução extrajudicial e a alienação em leilão são constitucionais. Através da presente monografia entendemos que o procedimento regulado pela lei nº 9.514 de 1997 é legal e é um incentivo para o desenvolvimento econômico do país. E que diante da morosidade do Poder Judiciário, o processo administrativo realizado em conformidade com a lei, sem vícios no procedimento pode ser uma alternativa para desjudicialização. Tema

que pode ser abordado num próximo estudo para entendimento de como a lei nº 9.514/97 contribuiu para a desjudicialização, que representa um avanço na resolução de conflitos, contribuindo significativamente para desafogar o Poder Judiciário.

Pelo trabalho monográfico chegou-se ao entendimento que a lei de alienação fiduciária de bens imóveis é uma lei especial e predomina sobre o CDC. Mas caso haja irregularidade ou vício no procedimento, o devedor tem o direito de procurar o judiciário que vai determinar a reparação para reparar os prejuízos.

No entanto, aos mutuários que buscam o Poder judiciário, o juiz é detentor de capacidade para analisar caso a caso e apresentar uma solução para que, se necessário, haja manutenção do contrato, sem trazer prejuízos ao credor ou ao devedor, sem admitir nenhuma vantagem que comprometam o equilíbrio dos envolvidos no negócio. A lei nº 9.514/97 visa dar celeridade e segurança aos credores na recuperação de seu crédito, mas objetiva também atender a uma demanda social por moradia. É uma lei de suma importância para o crescimento do país.

Destarte, compreendemos que o procedimento extrajudicial disciplinado pela lei nº 9.514/97 é legal, na perspectiva da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor, desde que sejam atendidos os requisitos como determinado na lei.

Referências

ABELHA, André. **Os dez novos mandamentos da alienação fiduciária**. [s.l.], 14 ago 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263624,51045-Lei+1346517+Parte+II+Os+dez+novos+mandamentos+da+alienacao+fiduciaria>. Acesso em 27 ago 2017.

ALVES, José Carlos Moreira. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**. 2ª edição. Revista, atualizada e aumentada. Rio de Janeiro: Editora: Forense, 1979.

_____. **Direito Romano**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora. Forense, 1998.

ASSOCIAÇÃO Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP. **Alienação Fiduciária e o direito do consumidor (s/a)**. Publicação da ABECIP. ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. [s.l.]. Disponível em: <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2013/09/Alienacao-Fiduciaria-e-o-Direito-do-Consumidor.pdf>. Acesso em 04 nov 2017.

BAHIA. **Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registro do Estado da Bahia**. Salvador, 12 ago 2013. Disponível em

http://www.irib.org.br/files/obra/Cdigo_de_Normas_TJ_BA.pdf. Acesso em 30 ago 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Apelação Número do Processo: 0960283-76.2015.8.05.0113**. Quarta Câmara Cível, Salvador BA. Publicado em 11 nov 2015. Relator (a): Roberto Maynard Frank. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/364262089/apelacao-apl-9602837620158050113/inteiro-teor-364262122?ref=juris-tabs>. Acesso em 04 nov 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Apelação Número do Processo: 0511836-36.2016.8.05.0001**. Primeira Câmara Cível, Salvador BA. Publicado em: 01 set 2017. Relator (a): Maria da Graça Osório Pimentel Leal. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504926820/apelacao-apl-5118363620168050001>. Acesso em 04 nov 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0005850-30.2017.8.05.0000**. Terceira Câmara Cível, Salvador BA. Publicado em: 19 set 2017. Relator (a): Ivanilton Santos da Silva. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501070709/agravo-de-instrumento-ai-58503020178050000/inteiro-teor-501070719?ref=juris-tabs>. Acesso em 04 nov 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0011846-09.2017.8.05.0000**. Quarta Câmara Cível, Salvador BA. Publicado em: 27 set 2017. Relator (a): Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504070539/agravo-de-instrumento-ai-118460920178050000/inteiro-teor-504070584?ref=juris-tabs>. Acesso em 04 nov 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0005454-53.2017.8.05.0000**. Terceira Câmara Cível, Salvador BA. Publicado em: 10 out 2017. Relator (a): José Cícero Landin Neto. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/508984614/agravo-de-instrumento-ai-54545320178050000/inteiro-teor-508984635>. Acesso em 04 nov 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0014962-57.2016.8.05.0000**. Segunda Câmara Cível, Salvador BA. Publicado em: 28 nov 2016. Relator (a): Maurício Kertzman Szporer. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423183025/agravo-de-instrumento-ai-149625720168050000/inteiro-teor-423183042>. Acesso em 04 nov 2017.

BISOGNI, Lígia Cristina de Araújo. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**. Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos. Volume V. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2011, p. 365-386.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 04 set 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 12 out 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.** Brasília, 31 dez 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 04 nov 2017.

BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências.** Brasília, 11 set 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 29 set 2017.

BRASIL, **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.** Brasília, 18 out 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245.htm. Acesso em 18 set 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.** Brasília, 20 nov 1997 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em 19 abr 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan 2002.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 30 jun 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 46.050-RJ.** Recorrente: Fernandes de Souza Junior. Recorrida: Caixa Econômica Federal. Relator. Min. Garcia Vieira, j. 27 abr 1994, unânime, DJU, 30 maio 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400086253&dt_publicacao=30-05-1994&cod_tipo_documento=1. Acesso em 17 out 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal TRF-1 - **AC: 00003870820094013501 0000387-08.2009.4.01.3501. QUINTA TURMA. Acre. Data de Julgamento: 27 jan 2016.** Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340001200/apelacao-civel-ac-3870820094013501-0000387-0820094013501/ementa-340001214?ref=juris-tabs>. Acesso em em 24 set 2017.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário.** 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Renovar, 2000.

_____. **Negócios Fiduciários – Considerações.** Lobiancos Advogados. [s.l.], 2006. Disponível em <http://www.lobiancoadvogados.com.br/port/noticias.html>, acesso em 10 ago 2017.

_____. **24º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis: 10 anos de alienação fiduciária.** IRIB, [s.l.], 2008. Disponível em <http://www.irib.org.br/boletins/detalhes/492>. Acesso em 03 jul 2017.

_____. **Da Incorporação Imobiliária.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora: Renovar, 2010.

_____. **Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais. Estudo e Pareceres.** Rio de Janeiro. Editora: Renovar, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro, o novo código civil.** 28ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Forense, 2003.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis.** São Paulo. Editora: Método, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 4. Direito das Coisas.** 26ª edição. São Paulo. Editora: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Reais.** 8ª edição. Salvador. Editora: Jus Podivm, 2012.

_____. **Curso de Direito Civil. V. 5. Reais.** 11ª edição. São Paulo. Editora: Atlas, 2015

FERNANDES, Rodrigo Pacheco. **Purgação da Mora em Contratos de Alienação Fiduciária e o Registro de Imóveis.** Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, Vol. 80, pág. 151-166, jan.-jun. / 2016.

GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia.** 2ª edição. São Paulo. Editora: Revistas dos Tribunais, 1971.

_____. **Direitos Reais.** 21ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Forense, 2012.

IRIB. **Alienação Fiduciária. Imóvel – Transmissão. Cessão de Direitos.** [s.l.], 19 jan de 2012. Disponível em <http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/irib-responde-aliena-ccedil-atilde-o-fiduci-aacute-ria-im-oacute-vel-transmiss-atilde-o-cess-atilde-o-de-direitos>. Acesso em 23 set 2017.

KOJRANSKI, Nelson. **Repercussões da Alienação Fiduciária de Imóvel na Locação.** [s.l.], [2007]. Disponível em: <http://docplayer.com.br/2762887-Repercussoes-da-alienacao-fiduciaria-de-imovel-na-locacao.html>. Acesso em 19 set 2017.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos.** 6ª edição. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora: Método, 2014.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Coisas.** 43ª edição. São Paulo. Editora: Saraiva, 2013.

MARTINS, Samir José Caetano. **A Execução extrajudicial de créditos do sistema de financiamento imobiliário.** Revista Eletrônica de Direito Processual, 2ª edição: Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23740/16762>. Acesso em 18 out 2017.

NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada**. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>. Acesso em 13 maio 2017.

PANTANO, Tania. **Execução Extrajudicial de Alienação Fiduciária de Imóvel. Operações Imobiliárias. Estruturação e Tributação**. 1ª edição. [s.l.]: Editora Saraiva; 2016, p. 199-211.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª edição. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume IV, Direito Reais**. 21ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Forense, 2013.

PEREIRA, Fábio Queiroz. Fidúcia: **Origem, estrutura e Tutela no Direito Romano**. [s.l.], 2010. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/75867/fiducia_origem_estrutura_pereira.pdf. Acesso em 09 out 2017.

RESENDE, Roberta. **Negócio Fiduciário**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/LaudaLegal/41,MI80686,21048-Negocio+Fiduciario>. [s.l.], 2009. Acesso em 15 ago 2017

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Forense, 2012.

_____. **Direito das Coisas**. 7ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Forense, 2013.

SÁVIO, Anderson Clayton. **A Constitucionalidade do Procedimento Adotado pela Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. 2010. 98 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização) – Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapeco, Chapecó, 2010. Disponível em: http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/04/anderson_clayton_savio. Acesso em 02 out 2017.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário**. 9ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Forense, 2015.

SICCARDI, Fabiana Peixoto. **Alienação Fiduciária em Garantia de bem imóvel: uma análise do instituto**. Rio de Janeiro, 2008. Trabalho de conclusão de graduação em Direito, Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Disponível em : <http://www.lambda.maxwell.ele.puc-rio.br/12008/12008.PDF>. Acesso em 24 set 2017.

SILVA, Luiz Augusto Beck da. **Alienação Fiduciária em Garantia: História, Generalidades, Aspectos Processuais, Ações, Questões Controvertidas, Legislação e Jurisprudência do STF, TJ-RS, TA-RS, entre outros Tribunais**. 4ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Forense, 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **APL: 10143420820148260002 SP 1014342-08.2014.8.26.0002. 13ª Câmara de Direito Privado. São Paulo SP. Data de Julgamento: 10 out 2014.** Relator: Francisco Giaquinto. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157198514/apelacao-apl-10143420820148260002-sp-1014342-0820148260002?ref=juris-tabs>. Acesso em 24 set 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **APL: 02215671720118260100 SP 0221567-17.2011.8.26.0100. 10ª Câmara de Direito Privado. São Paulo SP. Data de Julgamento: 10 mar 2015.** Relator: Carlos Alberto Garbi. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/173823417/apelacao-apl-2215671720118260100-sp-0221567-1720118260100/inteiro-teor-173823428>. Acesso em 01 out 2017.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil.** Volume 4. Direito das Coisas. São Paulo. Editora: Método, 2009.

TREVELIM, Ivandro Ristum. **A Alienação Fiduciária de Bem Imóvel e o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.** Operações Imobiliárias. Estruturação e Tributação. 1ª edição. [s.l.]: Editora Saraiva; 2016, p. 462-504.

VAZ, José Eduardo Parlato Fonseca. **A Execução Extrajudicial de Dívida Hipotecária.** [s.l.]. 28 mar 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-execucao-extrajudicial-de-divida-hipotecaria,31602.html>. Acesso em 02 out 2017.

VENOVA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito Reais. Volume 4.** São Paulo. Editora: Atlas, 2001.

_____. **Direito Civil: Direito Reais. Volume 5.** São Paulo. Editora Atlas, 2015.

ANEXOS

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.514, DE 20 DE NOVEMBRO DE 1997.

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

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

CAPÍTULO I

Do Sistema de Financiamento Imobiliário

Seção I

Da finalidade

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

Seção II

Das entidades

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

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

Parágrafo único. O Conselho Monetário Nacional - CMN poderá fixar condições para o funcionamento das companhias de que trata este artigo. (Revogado pela Lei nº 13.097, de 2015) (Vigência)

Seção III

Do financiamento imobiliário

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

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

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

I - reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste;

II - remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato;

III - capitalização dos juros;

IV - contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente.

§ 1º As partes poderão estabelecer os critérios do reajuste de que trata o inciso I, observada a legislação vigente. (Revogado pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

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

§ 2º As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral, poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI, observados, quanto a eventual reajuste, os mesmos índices e a mesma periodicidade de incidência e cobrança.

§ 2º As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral, poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

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

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

Seção IV

Do Certificado de Recebíveis Imobiliários

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

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

Art. 7º O CRI terá as seguintes características:

I - nome da companhia emitente;

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

III - denominação "Certificado de Recebíveis Imobiliários";

IV - forma escritural;

V - nome do titular;

VI - valor nominal;

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

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

IX - cláusula de reajuste, observada a legislação pertinente;

X - lugar de pagamento;

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

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

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

Seção V

Da securitização de créditos imobiliários

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

I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como o número do registro do ato pelo qual o crédito foi cedido;

I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

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

II - a identificação dos títulos emitidos;

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

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

Seção VI

Do regime fiduciário

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

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

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

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

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

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

V - a forma de liquidação do patrimônio separado.

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

Art. 11. Os créditos objeto do regime fiduciário:

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

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

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

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

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

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

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

§ 2º Uma vez assegurado o direito de que trata o parágrafo anterior, a companhia securitizadora, sempre que se verificar insuficiência do patrimônio separado,

promoverá a respectiva recomposição, mediante aditivo ao Termo de Securitização de Créditos, nele incluindo outros créditos imobiliários, com observância dos requisitos previstos nesta seção.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 14. A insuficiência dos bens do patrimônio separado não dará causa à declaração de sua quebra, cabendo, nessa hipótese, ao agente fiduciário convocar assembleia geral dos beneficiários para deliberar sobre as normas de administração ou liquidação do patrimônio separado.

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

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

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

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

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

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

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

§ 3º Os emolumentos devidos aos Cartórios de Registros de Imóveis para cancelamento do regime fiduciário e das garantias reais existentes serão cobrados como ato único. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

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

Seção VII

Das garantias

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

I - hipoteca;

II - cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis;

III - caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis;

IV - alienação fiduciária de coisa imóvel.

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

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

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

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

I - o total da dívida ou sua estimativa;

II - o local, a data e a forma de pagamento;

III - a taxa de juros;

IV - a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

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

I - conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente;

II - promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária;

III - usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel;

IV - receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II

Da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel

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

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.

§ 1o A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

§ 2o A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário. (Redação dada pela Lei nº 11.076, de 2004)

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

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

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

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

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

IV - a propriedade superficiária; ou (Redação dada pela Medida Provisória nº 700, de 2015) Vigência encerrada

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

V - os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas, e respectiva cessão e promessa de cessão. (Incluído pela Medida Provisória nº 700, de 2015) Vigência encerrada

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

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

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

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

I - o valor do principal da dívida;

II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;

III - a taxa de juros e os encargos incidentes;

IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;

V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;

VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;

VII - a cláusula dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Parágrafo único. Caso o valor do imóvel convencionado pelas partes nos termos do inciso VI do caput deste artigo seja inferior ao utilizado pelo órgão competente como base de cálculo para a apuração do imposto sobre transmissão inter vivos, exigível por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, este último será o valor mínimo para efeito de venda do imóvel no primeiro leilão. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

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

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

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

§ 3º Nas hipóteses em que a quitação da dívida decorrer da portabilidade do financiamento para outra instituição financeira, não será emitido o termo de quitação de que trata este artigo, cabendo, quanto à alienação fiduciária, a mera averbação

da sua transferência. (Incluído pela Lei nº 12.703, de 2012) (Revogado pela Lei nº 12.810, de 2013)

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.

§ 3o-A. Quando, por duas vezes, o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3o-B. Nos condomínios edifícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de que trata o § 3o-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 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.

§ 4o Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital

publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalidará 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.

§ 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 o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento, pelo fiduciário, do imposto de transmissão inter-vivos e, se for o caso, do laudêmio (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

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

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

Art. 26-A. Os procedimentos de cobrança, purgação de mora e consolidação da propriedade fiduciária relativos às operações de financiamento habitacional, inclusive as operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), sujeitam-se às normas especiais estabelecidas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 1o A consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora de que trata o § 1o do art. 26 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2o Até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3o do art. 27, hipótese em que convalidará o contrato de alienação fiduciária. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

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.

§ 1o Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 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.

§ 2o-A. Para os fins do disposto nos §§ 1o e 2o deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

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

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

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

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

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em

recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

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

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

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 9º O disposto no § 2º-B deste artigo aplica-se à consolidação da propriedade fiduciária de imóveis do FAR, na forma prevista na Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

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

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

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

Parágrafo único. Nas operações de financiamento imobiliário, inclusive nas operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), uma vez averbada a consolidação da propriedade fiduciária, as ações judiciais que tenham por objeto controvérsias sobre as estipulações contratuais ou os requisitos procedimentais de cobrança e leilão, excetuada a exigência de notificação do devedor fiduciante, serão resolvidas em perdas e danos e não obstarão a reintegração de posse de que trata este artigo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

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

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

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

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

CAPÍTULO II-A

(Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

DO REFINANCIAMENTO COM

TRANSFERÊNCIA DE CREDOR

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 1º A instituição credora original terá prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contados do recebimento das informações de que trata o caput, para solicitar à instituição proponente da transferência o envio dos recursos necessários para efetivar a transferência. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO III

Disposições Gerais e Finais

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

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

Art. 36. Nos contratos de venda de imóveis a prazo, inclusive alienação fiduciária, de arrendamento mercantil de imóveis, de financiamento imobiliário em geral e nos títulos de que tratam os arts. 6º, 7º e 8º, admitir-se-á, respeitada a legislação pertinente, a estipulação de cláusula de reajuste e das condições e critérios de sua aplicação. (Revogado pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

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

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

Art. 37-A. O fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inciso VI do art. 24, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

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

Art. 37-A. O devedor fiduciante pagará ao credor fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a 1% (um por cento) do valor a que se refere o inciso VI ou o parágrafo único do art. 24 desta Lei, computado e exigível desde a data da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciante até a data em que este, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se às operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR). (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Art. 37-B. Será considerada ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano sem concordância por escrito do fiduciário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

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

Art. 38. Os 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. 38. Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real e, bem assim, quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta Lei, mesmo aqueles constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, não se lhes aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001)

Art. 38. Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de

direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública. (Redação dada pela Lei nº 11.076, de 2004)

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

Art. 39. Às operações de crédito compreendidas no sistema de financiamento imobiliário, a que se refere esta Lei: (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

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

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

II - aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, exclusivamente aos procedimentos de execução de créditos garantidos por hipoteca. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

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

"Art. 167.

I -

.....

35) da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

II -

.....

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

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

Art. 41. O Conselho Monetário Nacional poderá regulamentar o disposto nesta Lei, inclusive estabelecer prazos mínimos e outras condições para emissão e resgate de CRI e diferenciar tais condições de acordo com o tipo de crédito imobiliário vinculado à emissão e com o indexador adotado contratualmente. (Redação dada pela Medida Provisória nº 656, de 2014)

Art. 41. O Conselho Monetário Nacional poderá regulamentar o disposto nesta Lei, inclusive estabelecer prazos mínimos e outras condições para emissão e resgate de

CRI e diferenciar tais condições de acordo com o tipo de crédito imobiliário vinculado à emissão e com o indexador adotado contratualmente. (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

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

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

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Malan

Antonio Kandir.

Este texto não substitui o publicado no DOU de 21.11.1997 e retificado em 24.11.1997.