

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar a aplicabilidade da alienação fiduciária de bens imóveis nos contratos em geral. Buscou-se na legislação o amparo legal necessário para a construção deste estudo.

No que diz respeito à alienação fiduciária, encontram-se a Lei 9.514/97¹ e o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor², que tratam do conceito de Alienação Fiduciária e de sua aplicabilidade, de acordo com o aspecto legal.

Já no que tange à propriedade do bem imóvel, da propriedade fiduciária e à alienação deste bem para pagamento de dívida, encontram-se do art. 1.361 a 1.368-A do Código Civil de 2002³.

A Lei 9.514/97 de 20 de novembro de 1997, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a Alienação Fiduciária de bens imóveis, que 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, podendo ser contratada por pessoa física ou jurídica, e quando isso acontece, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

O artigo 26 da Lei 9.514/97⁴ preconiza que se o devedor deixar de pagar a dívida, no todo ou em parte, constituirá em mora, consolidando, assim, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que essa cobrança extrajudicial seja inconstitucional, pois fere o direito do contraditório e da ampla defesa.

Considera-se que o estudo da referida matéria seja de suma importância, haja vista que se trata de um tema novo e de grande relevância para o direito imobiliário, já que as mudanças trazidas pela lei 9.514/97⁵ estão intimamente ligadas aos financiamentos imobiliários, ressaltando a

¹ BRASIL. Lei 9.414/97. Dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

² BRASIL. Código de Defesa do Consumidor.

³ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002

⁴ BRASIL. Lei 9.414/97. Dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

⁵ Idem.

constitucionalidade de tal alienação, buscando apontar soluções para os problemas encontrados no tocante ao assunto.

Por ser uma ciência humana, o Direito tende a acompanhar o desenvolvimento da sociedade, assim como as modificações na cultura, costumes e hábitos dos indivíduos, para que normas sejam criadas no intuito de regular as situações juridicamente relevantes e proporcionar a segurança jurídica que se espera de um Estado, principalmente no que tange a um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil.

No sentido de acompanhar o desenvolvimento da sociedade brasileira, o legislador inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o que pode ser considerado como inovador com relação a outros ordenamentos jurídicos, mas que no Brasil veio para reconhecer a segurança com relação a financiamentos imobiliários.

A Lei nº 9.514/97⁶ em seus artigos 17 a 33, institui o caso da alienação fiduciária de bens imóveis, com o intuito de fortalecer os contratos de financiamento imobiliário, através da recuperação rápida do crédito em caso de inadimplência do mutuário. Acrescentou-se a isso, as garantias reais incidentes sobre imóveis, já que a alienação fiduciária existente até o momento tratava apenas de bens móveis. O surgimento desta lei trouxe inovação, haja vista que as garantias até então existentes, como a hipoteca, por exemplo, não supriam as necessidades apresentadas pelas negociações imobiliárias.

A referida lei, quando criou e institui nova modalidade de garantia real, permitiu que fosse contratada para assegurar qualquer operação de crédito, de forma abrangente, envolvendo tanto pessoas físicas como jurídicas, não sendo apenas exclusividade do Sistema Financeiro Imobiliário.

A Lei 9.514/97⁷ possui uma estrutura onde está descrito que o devedor deverá transferir ao credor sua propriedade imóvel a fim de sanar sua dívida. Extinguindo-se a dívida, extingue-ser também a propriedade do credor e esta retorna ao devedor. Em caso do não pagamento da dívida, a propriedade consolida-se plenamente ao credor.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

Quando do seu surgimento, a Lei 9.514/97⁸ trouxe diversos questionamentos com relação à sua constitucionalidade. No entanto, não resta dúvida quanto a sua constitucionalidade, pois a devedor fiduciante que perder seu imóvel, pode por outros meios provocar o judiciário para solucionar seu problema. O ganho social está na possibilidade de se provocar o judiciário.

Será o estudo direcionado a compreensão da discussão sobre a constitucionalidade da alienação fiduciária e os dispostos previstos na lei 9.514 de 1997⁹, e todo o respaldo jurídico relativo ao tema.

Com relação à alienação fiduciária de bens imóveis, muitas são as disposições que combatem contra a constitucionalidade do assunto. No entanto, acredita-se que o Decreto Lei n.70/66¹⁰ e as disposições relativas ao leilão extrajudicial previsto na Lei n.9.514/97¹¹ são constitucionais, pois havendo lesão ou ameaça de lesão a direito ao devedor, ele pode a qualquer momento acionar o Judiciário, não só para reprimir a prática de ato lesivo, como, também, para impor a reparação de danos causados por fraude de qualquer natureza.

De acordo com o exposto neste estudo, evidencia-se constitucionalidade da alienação fiduciária conforme o disposto no texto da lei 9.514/97¹².

Contudo, com a presente pesquisa pretende-se descrever como se deve, no caso concreto, analisar quais as formas que a lei trata a alienação fiduciária e seus requisitos.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº70, de 21 de novembro de 1966. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências.

¹¹ BRASIL. Lei 9.414/97. Dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

¹² Idem.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O estudo aqui descrito trata da alienação fiduciária e da discussão sobre a constitucionalidade do assunto, baseando-se no texto da lei 9.514/97¹³.

A fidúcia é um negócio jurídico originado nos mais remotos tempos. Registros tratam da fidúcia no direito romano, tratado como venda fictícia ou provisória, estipulado em pacto adjeto. Afrânio Carlos Camargo Dantzger¹⁴ descreve:

Este tipo de transferência de propriedade se dava em ocasiões especiais, de risco de perecer em guerra, ou em razão de longas viagens, por exemplo, e não tinha como objetivo a real transferência da propriedade para o fiduciário como garantia de alguma dívida, antes apenas conferia a este (amico) a custódia ou administração dos bens, embora para terceiros este fosse o proprietário.

Na fidúcia praticada no direito romano havia dois tipos de negócio fiduciário, conforme descreve Melhim Namem Chalhub¹⁵:

A primeira – *fiducia cum creditore* – tinha conteúdo assecuratório, destinando-se a garantir o credor; nessa modalidade, o devedor vendia o bem ao credor sob condição de recuperá-lo se, dentro do prazo convencionado, resgatasse a dívida. A segunda modalidade de fidúcia – *fiducia cum amico* – não tinha a finalidade de garantir um crédito, mas a de preservar certos bens de uma pessoa, que eventualmente pudessem estar ameaçados por alguma circunstância; nessa modalidade, o proprietário de determinado bem alienava-o com a condição de o adquirente lhe restituir quando cessassem as circunstâncias que tiverem justificado o receio do proprietário (fiduciante), como por exemplo, o risco de perder o bem em razão de algum fato político, o risco de perecer na guerra, uma viagem, etc.

Algo comum às duas modalidades de negócio fiduciário era a transmissão de um bem, para determinado fim, com a obrigação de restituição do bem após o cumprimento do objetivo do contrato.

Neste íterim, Melhim Namem Chalhub¹⁶ destaca:

¹³ Idem.

¹⁴ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. Editora Método, São Paulo, 2007. p.34

¹⁵ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. Editora Renovar, São Paulo, 2009. p.10

¹⁶ Idem. p.11

A fidúcia tinha aplicação no direito romano, quer para constituição de garantia em favor de um credor, mediante transmissão da propriedade de uma coisa, quer como instrumento para realização de depósito, mediante entrega de uma coisa a pessoa de confiança, ou ainda, como meio próprio de efetivar uma doação *mortis causa*.

Na realidade, o pacto fiduciário era pautado na boa fé, pois necessitava do ato jurídico inverso para anular o ato solene translativo de direito de propriedade.

Assim sendo, Afrânio Carlos Camargo Dantzger¹⁷ assevera:

Tal modalidade de geração de propriedade fiduciária, na realidade, objetivava fins políticos e jurídicos, pois acabava por burlar as proibições legais ou ocorria para suprir suas lacunas, se prestando, muitas vezes, para fraudar os credores do fiduciante, já que também era usada como forma de subtrair bens à garantia genérica dos credores.

O negócio fiduciário foi largamente utilizado na era clássica e teve seu uso continuado na era pós-clássica, mas após este período caiu em desuso.

O direito germânico também tratou do negócio fiduciário, mas em alguns aspectos diferenciou-se do descrito no direito romano, de acordo com o descrito por Melhim Namem Chalhub¹⁸:

Quanto à fidúcia, não obstante os traços que a distinguem do direito romano, o instituto do direito germânico tem a mesma função econômica do pacto fiduciário romano, acrescentando que, no direito germânico, é no penhor da propriedade que se encontram os traços característicos da transmissão fiduciária. Por esse mecanismo, o devedor transferia ao credor a propriedade da coisa, mas com ele celebrava um pacto adjeto que tornava condicional aquela transmissão. A venda pela forma habitual denominada carta venditionis era vinculada a um pacto de restituição da coisa, firmado por outro documento denominado contracarta.

Observa-se então que no direito romano o fiduciário possuía ilimitado poder jurídico sobre o bem, já no direito germânico o poder jurídico fiduciário é limitado pelo caráter da propriedade.

Já o direito inglês tratava do negócio como transmissão de propriedade como escopo de garantia.

¹⁷ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. Editora Método, São Paulo, 2007. p.34

¹⁸ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. Editora Renovar, São Paulo, 2009. p.14

Atualmente, compreende-se alienação fiduciária como espécie de negócio fiduciário conceituado como convenção em que o fiduciário recebe do fiduciante plena titularidade de direito, comprometendo-se a utilizar o bem para fim acordado.

Manoel Queiroz Pereira Calças¹⁹ afirma:

A alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, se constitui pela transferência que o devedor faz ao credor, da propriedade resolúvel e da posse indireta do bem imóvel, com o fim de garantir sua dívida. Havendo o pagamento da dívida resolve-se a propriedade fiduciária, reavendo o alienante o domínio integral do imóvel que havia alienado.

A partir da constituição da propriedade fiduciária dá-se o desdobramento da posse, passando o fiduciante a ser o possuidor do direito e o fiduciário o possuidor indireto do imóvel.

Desta forma, o fiduciante tem a posse direta do imóvel e o fiduciário a posse indireta do objeto imóvel alienado fiduciariamente.

É importante compreender que o credor passa a ser proprietário do bem e o devedor apenas depositário. Contudo, a propriedade é resolúvel, ou seja, a partir da quitação da dívida, a propriedade retorna ao devedor.

No entanto, são muitas as discussões relativas à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução extrajudicial mediante alienação fiduciária.

Manoel Queiroz Pereira Calças²⁰ destaca:

Uma das mais relevantes questões que derivam da Lei nº 9.514/97 diz respeito à constitucionalidade da execução extrajudicial. O Judiciário sempre teve grande resistência em aceitar qualquer modalidade de execução extrajudicial, como se pode ver da jurisprudência formada em torno do artigo 14 do Decreto lei nº 58, de 1937 e do Decreto-lei nº 70 de 1966.

No direito brasileiro a alienação fiduciária emergiu juntamente com o crescimento econômico da década de 1930, a partir do desenvolvimento das indústrias no território brasileiro. No entanto, o modelo utilizado de alienação

¹⁹ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **Aspectos Gerais e Questões Polêmicas da Alienação Fiduciária de Imóveis**. PUC, São Paulo. 2006, p.03

²⁰ Idem, p.07.

fiduciária era relativo somente a bens móveis, conforme os dizeres de Sérgio Eduardo Martinez²¹:

Autorizada pelo art.66 da lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965 – lei que disciplina o mercado de capitais e que estabeleceu medidas para o seu desenvolvimento, logo passou a ser largamente utilizada, sobretudo em razão da garantia real que proporcionava ao credor, estimulando o financiamento de bens móveis. Diante da imprecisão legislativa, no entanto, e da necessidade de adequada e segura regulamentação sobre o instituto, o Governo resolveu modificá-lo, alterando e complementando as falhas antes verificadas com a edição do decreto lei nº911, de 1º de outubro de 1969.

Atualmente foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a alienação fiduciária de bens imóveis através da lei 9.514²² de 20 de novembro de 1997, destinado a garantir e fomentar os financiamentos destinados à construção civil.

Após a lei 9.514/97²³ surgiram outros amparos legais referentes à alienação fiduciária, mas este estudo terá como objetivo analisar a alienação fiduciária de bens imóveis conforme o previsto na lei 9.514/97²⁴ nos contratos em geral, além de alcançar respostas para os questionamentos inerentes ao assunto.

A legislação concernente à alienação fiduciária traz tal processo como forma de resolver lides referentes à dívidas existentes, onde o imóvel pode ser dado como garantia. No entanto, muitos estudiosos da ciência do Direito defendem que tal princípio é inconstitucional. Desta forma pergunta-se: Como se aplica a alienação fiduciária de bens imóveis nos contratos em geral de acordo com o previsto na lei 9.514/97²⁵?

²¹ MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Norton Editor, Porto Alegre, 2006. p.17.

²² BRASIL. Lei 9.414/97. Dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

2. DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A alienação fiduciária de bens imóveis foi instituída pela lei 9.514/97, em seu artigo 17. A referida lei também trouxe consigo a criação do Sistema Financeiro Imobiliário, conforme o descrito por Valestan Milhomem da Costa²⁶:

A Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, que criou o Sistema Financeiro Imobiliário, visando promover o financiamento imobiliário em geral, trouxe em seu bojo o instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel, qualificado no artigo 17, *caput*, da mencionada lei, como modalidade de *garantia*, havendo o § 1º do mesmo artigo esclarecido que essa garantia constitui direito real sobre os respectivos objetos.

A alienação fiduciária é uma forma de garantia de pagamento de dívida, conforme o descrito na lei 9.514/97²⁷. Analisando o texto da referida lei, em seu art. 17, encontra-se:

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.

Desta forma, este capítulo se destinará a abordar a alienação fiduciária em sua história, destacando seu surgimento e evolução ao longo do desenvolvimento da sociedade; seu conceito, buscando compreendê-la a partir do ponto de vista legal; sua tipificação e descrição, no intuito de analisar como se dá sua aplicação, muitas vezes decorrente de empréstimos e dando imóveis

²⁶ COSTA, Valestan Milhomem da. Os direitos do fiduciário e do fiduciante na alienação fiduciária de coisa imóvel. Jusnavigandi, 2006. p.01.

²⁷ BRASIL. Lei 9.414/97. Dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

como garantia, passando a propriedade temporária do imóvel ao credor, conforme o descrito que se segue.

2.1 História

A alienação fiduciária, encontrada pela primeira vez nos registros do Direito Romano, era aplicada de forma um pouco distinta da conhecida nos dias atuais.

De acordo com o descrito por Minéia de Godoy²⁸, a alienação fiduciária do Direito romano era:

Fiducia, entendia-se como um contrato de confiança, onde pessoas passavam seus bens a outras com o intuito de protegê-los de circunstâncias aleatórias, com a ressalva de serem esses devolvidos quando entendia o proprietário que não necessitava mais dessa medida acautelatória. Era conhecida como *fiducia cum amico* e não tinha finalidade de garantia. Mas essa modalidade se transformou passando a ser a chamada *fiducia cum creditore*, onde o devedor transferia a propriedade do bem ao credor até que efetuasse o pagamento da dívida.

Ainda é possível encontrar a descrição da alienação fiduciária na Lei das XII Tábuas, conforme o descrito por Giorgio Forgiarini²⁹:

Nos primórdios da civilização ocidental, autorizados pela Lei das XII Tábuas, detinham os credores da sociedade romana o direito de matar e apoderar-se do cadáver do devedor que não cumprisse com a obrigação devida, de forma que o devedor romano respondia com sua vida e liberdade pelos seus débitos. Importante que se diga que somente foi alterado esse costume a partir do alastramento da doutrina cristã e das mudanças oriundas do aparecimento do Estado Moderno, quando se transferiu o ônus pelo não adimplemento da dívida do corpo do devedor para o seu patrimônio material, sendo então facultado ao credor apoderar-se dos bens de propriedade do devedor assim que impagas fossem suas obrigações.

Na doutrina anglo-saxã a alienação fiduciária se dava de forma que era utilizada como garantia em transações bancárias, principalmente no que dizia

²⁸ GODOY, Minéia de. Alienação Fiduciária. Boletim Jurídico, Ed. 181, 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1326>.

²⁹ FORGIARINI, Giorgio. Aspectos relevantes da alienação fiduciária em garantia. 2002. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/50483765/Alienacao-Fiduciaria-em-Garantia>.

respeito à importação e exportação. Sua aplicabilidade era uma necessidade oriunda do financiamento concedido a revendedores de bens duráveis.

Neste sentido, Nelson Rodrigues Netto³⁰ destaca que:

Nessas vendas de bens duráveis o revendedor recebia uma quantia que correspondia à parte do custo das mercadorias, mediante a obrigação de resgatar a dívida quanto comercializasse os bens. Esta garantia era dada pelo registro trust receipt, ou seja, um recibo de confiança.

Ainda dentro do Direito Anglo-Saxônico, existia uma doutrina que apregoava a alienação fiduciária como garantia real de compra e venda de bens imóveis, o chamado chattel mortgage. Nesta modalidade, o vendedor transferia o direito de propriedade para o comprador, mas mantinha o direito real sobre o bem alienado, como garantia de pagamento da dívida.

Já no Brasil a alienação fiduciária foi inserida na legislação nos anos 60, através da lei 4.728³¹, do ano de 1966. A referida lei trouxe em seu texto a regulamentação legal da alienação fiduciária no intuito de dinamizar o mercado imobiliário através do financiamento de bens imóveis no país, dando ao credor a propriedade do bem até o pagamento da dívida, e no caso do não pagamento da dívida, deu ao credor o direito de leiloá-lo para recuperar o valor da obrigação.

No mês de outubro do ano de 1969, através do Decreto-lei 911³², a legislação anterior teve nova redação, conforme salienta Minéia de Godoy³³:

Em 1º de outubro de 1969, o Decreto-lei nº 911, utilizou-se da denominação dada pela Lei nº 4.728/65, dando nova redação ao artigo 66, da Lei nº 4.728, de 1965, para designar a ação de retomada da coisa em favor do proprietário, no caso do não-pagamento por parte do mutuário e possuidor, que alienara a coisa fiduciariamente em garantia. Esse Decreto-lei conservou as normas disciplinadoras nas áreas de direito material e de direito processual, constantes da Lei nº 4.728/65.

³⁰ NETTO, Nelson Rodrigues. A evolução da alienação fiduciária em garantia. 26 ed. São Paulo: Revista do curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Vol. 16, p.36.

³¹ GODOY, Minéia de. Alienação Fiduciária. Boletim Jurídico, Ed. 181, 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1326>.

³² BRASIL. Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da lei 4.728, de 14 de julho de 1965. Estabelece normas sobre o processo de alienação fiduciária e dá outras providências.

³³ BRASIL. Lei nº 4.728 de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

2.2 Conceito

É possível encontrar diversos autores que conceituam a alienação fiduciária. Dentre eles destaca-se Manoel de Queiroz Pereira Calças³⁴, que afirma que:

O artigo 22 da Lei nº 9.514/97 conceitua a alienação fiduciária como o negócio jurídico, pelo qual o devedor ou fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. O novo dispositivo, de forma correta, trata a alienação fiduciária como um contrato, tanto que, no parágrafo único do artigo 22, afirma que a alienação pode ser contratada por pessoa física ou jurídica.

Analisando o descrito na legislação brasileira, é possível encontrar o conceito de alienação fiduciária, e de acordo com a lei 9.514/97³⁵, a alienação fiduciária pode ser definida como:

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

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

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

Já nos dizeres de Érico Pereira Coutinho Guedes³⁶, encontra-se o conceito de Alienação Fiduciária da seguinte forma:

O contrato de alienação fiduciária em garantia é aquele através do qual o comprador transfere *ipso facto* a propriedade de bem móvel adquirido para o financiador, que tem a obrigação de pagar a dívida daquele ao vendedor e devolver, quando satisfeito o seu crédito, o

³⁴ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **Aspectos Gerais e Questões Polêmicas da Alienação Fiduciária de Imóveis**. PUC, São Paulo. 2006, p.08

³⁵ BRASIL. Lei 9.414/97. Dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

³⁶ GUEDES, Érico Pereira Coutinho. Contrato de alienação fiduciária em garantias versus IPVA Baiano: Controvérsias acerca do fato gerador e do sujeito passivo da obrigação tributária. Disponível em: www.direitofba.net/artigos/artigo005.doc

domínio adquirido. Daí se falar em fidúcia. O devedor fiduciante confia no credor fiduciário, alienando-lhe a propriedade do bem. E o faz porque, pago o quanto devido, este restituirá àquele o domínio da coisa.

É possível encontrar também o afirmado por Pontes de Miranda, que afirma que:

Sempre que a transmissão de um bem tem um fim que não é a transmissão em si mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o da alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio fiduciário.

Já Manoel de Queiroz Pereira Calças³⁷ destaca:

A Alienação Fiduciária de Imóveis foi introduzida em nosso País pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, diploma legal que está prestes a completar, portanto, dez anos de vigência. Impende destacar inicialmente que a propriedade fiduciária constitui-se instituto novo no Direito brasileiro, sendo comum a confusão entre os operadores do direito quando tratam do tema, ora se referindo à Alienação fiduciária como uma garantia real, ora como um contrato.

Marco Aurélio Bezerra de Melo³⁸ destaca o conceito de alienação fiduciária como sendo:

Garantia ou propriedade fiduciária é o direito real de garantia pelo qual o devedor aliena ao credor, para fins de garantia, a propriedade de um bem em caráter resolúvel e a posse indireta, permanecendo o devedor com a posse direta, tornando-se proprietário pleno com a quitação integral da obrigação à qual adere.

Caio Mário da Silva Pereira³⁹ define alienação fiduciária da seguinte maneira:

Transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de uma tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida.

³⁷ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **Aspectos Gerais e Questões Polêmicas da Alienação Fiduciária de Imóveis**. PUC, São Paulo. 2006, p.09

³⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*, Rio de Janeiro, 2009, Ed Lumen Juris, pg 427

³⁹ PEREIRA. Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol IV, Rio de Janeiro, 2005, Ed Forense, pg 368.

O que se pode perceber, é que apesar de diversas definições diferentes, todos os conceitos apresentados convergem em uma mesma linha de pensamento, expressando a mesma coisa, todos apoiados nos amparo legal da alienação fiduciária.

2.3 A Propriedade Fiduciária

Com a alienação fiduciária do bem imóvel, sua propriedade passa ao credor, que deverá mantê-la até o final do pagamento da dívida. Mas com o término da dívida, a propriedade retorna ao proprietário original, ou seja, o devedor.

A afirmação supracitada pode ser encontrada no art. 25 da Lei 9.514/97⁴⁰:

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.

Ao final do pagamento da dívida, o fiduciário tem o prazo de 30 (trinta) dias para fornecer ao fiduciante o termo de quitação de dívida. Caso não o faça, deverá pagar multa de 0,5% ao mês sobre o valor do contrato de alienação fiduciária.

Com o termo de quitação em mãos, o fiduciante poderá procurar o Cartório de Registro de Imóveis e solicitar ao Oficial que cancele o termo de registro de propriedade fiduciária.

Mas caso a dívida vencida não seja paga, a propriedade imóvel deverá ser propriedade registrada em nome do fiduciário. É possível observar esta afirmação no art. 26 da lei 9.514/97⁴¹:

⁴⁰ BRASIL. Lei 9.414/97. Dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

⁴¹ Idem.

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

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

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

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

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em outro local, incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalidar-se-á o contrato de alienação fiduciária.

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

§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão **inter vivos** e, se for o caso, do laudêmio.

§ 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.

Vale ressaltar que a transferência de propriedade fiduciária se dá de forma resolúvel do devedor ao credor, como forma de garantia de pagamento das obrigações assumidas, havendo ainda o desdobramento da posse, de maneira de o devedor é possuidor do direito do bem imóvel alienado fiduciariamente, enquanto o credor possui com a posse indireta do imóvel.

Segundo Ana Carolina de Salles Freire e Mateus Donato Gianeti⁴², pode-se afirmar com relação à propriedade fiduciária:

⁴² FREIRE. Ana Carolina de Salles. GIANETI. Mateus Donato. A propriedade fiduciária e o Novo Código Civil. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/1782>

Essa coincidência autoriza a interpretação de que o Novo Código Civil revogou tacitamente o art. 66 da Lei 4728/65, tendo regulado inteiramente a matéria da alienação fiduciária de bens móveis (a alienação fiduciária de imóveis, regulada pela Lei 9.514/97, permanece inalterada). Dessa forma, as expressões propriedade fiduciária e alienação fiduciária se confundem, podendo ser utilizadas indistintamente para designar o mesmo instituto jurídico. Uma vez admitida referida interpretação, deve-se ressaltar que os dispositivos processuais relacionados com a alienação fiduciária introduzidos pelo Decreto-lei 911/69 permanecem em vigor, de acordo com os termos do art. 2.043 do Novo Código Civil, o qual estabelece que permanecem em vigor as disposições processuais constantes de leis cujos preceitos de natureza civil tenham sido incorporados ao Novo Código Civil.

De acordo com o Código Civil de 2002⁴³ a utilização da alienação fiduciária pode ser utilizada de forma livre em qualquer tipo de financiamento, haja vista que no texto legal descrito, não há distinção quanto à nacionalidade do credor, podendo este ser brasileiro ou estrangeiro.

A vantagem da alienação fiduciária frente aos demais tipos de garantia se dá no que diz respeito à análise de crédito da operação. Isto se deve ao fato da utilização da propriedade fiduciária como forma de garantia, tanto em operações de empréstimo locais ou externas, pois há a transferência da propriedade, mesmo que de forma resolúvel, do bem a ser alienado fiduciariamente.

Caso ocorra o vencimento da obrigação sem o devido pagamento, o credor deverá vender amigavelmente ou judicialmente o bem, retirando o valor da obrigação devida e entregando a diferença ao devedor.

Pelo descrito no art. 7º do decreto-lei 911 de 1969⁴⁴, com relação à falência do devedor, encontra-se:

Art 7º Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.
Parágrafo único. Efetivada a restituição o proprietário fiduciário agirá na forma prevista neste Decreto-lei.

⁴³ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>

⁴⁴ BRASIL. Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da lei 4.728, de 14 de julho de 1965. Estabelece normas sobre o processo de alienação fiduciária e dá outras providências.

Desta forma, caso haja falência do fiduciante, existe o direito do fiduciário em exigir a restituição dos bens objetos da alienação fiduciária. Assim sendo, fiduciário não necessita ter o crédito habilitado para aguardar o pagamento da dívida de acordo com a Lei de Falências, mas deve solicitar a restituição imediata dos bens dados por garantia, para só assim poder vendê-los no intuito de saldar o crédito.

Já no art. 1.361 do Código Civil de 2002⁴⁵, encontra-se a propriedade fiduciária descrita as seguinte maneira:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º. Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 2º. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.

Assim sendo, compreende-se que a propriedade fiduciária dos bens são meios de garantir o pagamento de obrigações contraídas por seus proprietários, ficando ao fiduciário os frutos e rendimentos oriundos destes bens.

Não estão presentes neste tipo de alienação os direitos devidos à propriedade propriamente dita. O fiduciário não poderá colher os frutos nem mesmo dispor do bem alienado fiduciariamente, não cabendo a ele os direitos de propriedade real.

É importante compreender que a função do bem alienado é apenas garantir que as obrigações relativas à satisfação do crédito sejam atendidas. Quando o bem estiver apreendido devido ao não cumprimento da obrigação, o fiduciário permanece com a posse do bem, devendo vendê-lo e reter somente

⁴⁵ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>

a parte a ele devida, entregando o restante ao fiduciante, conforme o descrito nos arts. 1.364 e 1.365 do Código Civil de 2002⁴⁶:

Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.

Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.

Pode-se compreender, portanto, que a função primordial da alienação fiduciária não é a transmissão da propriedade de determinado bem, e sim, trabalhar como garantia de pagamento de obrigação, e até mesmo quitar a obrigação, caso não haja pagamento em tempo hábil, conforme descrito no contrato de alienação fiduciária.

Há de se ressaltar que a regulamentação da propriedade fiduciária através do descrito no Código Civil de 2002⁴⁷ vem oferecer uma modalidade de garantia muito eficiente, não havendo limitação em sua utilização, no que diz respeito às instituições financeiras no Brasil.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem.

3. DOS CONTRATOS

Os contratos podem ser considerados como meios de se acordar questões relacionadas a duas ou mais partes, onde se encontram descritos direitos e deveres de todos os envolvidos, além de prazos e restrições caso haja quebra daquilo que foi acordado no contrato.

É importante salientar que o acordo entre partes, de qualquer natureza, não deve ser feito de forma verbal, pois pode gerar algum tipo de mal entendido, ou até mesmo levar que algum dos acordantes haja de má fé para com a outra parte.

O contrato vem ajudar no acordo entre as partes, preservando cada uma delas nos seus direitos e deveres, minimizando assim os problemas que podem surgir caso não haja cumprimento do acordado em contrato, evitando até mesmo problemas na lide.

Há de se entender que o estabelecimento do contrato, e até mesmo a exigência de sua existência por uma das partes, não configura desconfiança do outro, mas sim uma forma de se evitar problemas futuros, oriundos da mudança de situação de quando o contrato foi assinado.

Portanto, acredita-se que o contrato seja de suma importância no estabelecimento de negócios, seja de ordem comercial, financeira e outros. Sabe-se que o mundo jurídico vislumbra aquilo que está escrito, contido nos contratos, haja vista que o acordado verbalmente é demasiado difícil de provar, deixando sempre uma das partes em prejuízo.

Assim sendo, considera-se que o estabelecimento de um contrato entre as partes possa ajudar na resolução de futuros problemas, ou até mesmo, coibir sua existência, pois vale aquilo que foi escrito e assinado pelas partes no momento do estabelecimento do contrato.

Desta forma, buscou-se neste capítulo destacar a importância do contrato, iniciando-se pela sua origem, seu conceito, sua descrição e classificação, no intuito de que fosse possível destacar que não se pode deixar de lado sua importância e utilidade.

3.1 Origem

O contrato não é algo novo, mas está descrito nas mais antigas sociedades. Em sua origem histórica, era simbolizado pelo fio de barba, como forma de cumprimento do acordado entre as partes.

De acordo com Marco Flávio de Sá⁴⁸, pode-se descrever como necessidade de origem do contrato:

A concepção de contrato remonta ao mais primitivo das sociedades. Com efeito, é praticamente impossível pensar o homem como ser social, sem que, de assalto, sobrevenha a idéia de um necessário e prévio ajuste de condutas, passível de viabilizar o estabelecimento de inter-relações entre os indivíduos que compõem a espécie humana. Se a idéia de mútua cooperação pode ser creditada a outras espécies como fruto de um instinto comum de sobrevivência, para o homem, ser dotado de razão, ela não é cabível, dado que sua racionalidade possibilitou-lhe a compreensão do conceito de benefício. (...) Nesse contexto embrionário de um pacto social, a idéia de contrato como fruto de ajuste de vontades em prol da regulação de uma conduta futura, com o escopo de evitar o conflito e garantir a profusão dos bens da vida, soa como a alternativa natural.

Pode-se considerar contrato como acordo de duas ou mais partes, em consonância com a ordem jurídica, no intuito de se estabelecer uma regulamentação entres os acordantes, com o objetivo de estabelecer mudanças, estabelecimento ou extinção de relações de ordem patrimonial ou financeira, de acordo com a observância dos princípios legais.

Ricardo Luis Lorenzetti⁴⁹ destaca o contrato da seguinte maneira:

O contrato é concebido como o resultado do consentimento negociado livremente entre duas partes iguais que fazem promessas recíprocas de comportamentos futuros. Este modelo está tão incorporado na cultura jurídica que é considerado “clássico”, assumido acriticamente e até considera o contrato como uma “coisa” existente fora das regras que o permitem.

⁴⁸ SÁ, Marco Flávio de. Contrato: Um conceito em construção. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/58497287/Contrato-Um-Conceito-Em-Construcao>

⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado dos contratos. Parte geral . 1. ed. Santa Fé: Bubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 9

A origem da teoria contratual se deu no Direito Romano. Sobre este prisma, encontra-se os dizeres de Marco Flávio de Sá⁵⁰, que trata da origem do contrato no Direito Romano, dizendo:

Sobre a origem da expressão contrato, termo que no Direito Romano arcaico, equivalia ao ato pelo qual o credor submetia o devedor a seu poder, em virtude do inadimplemento de uma obrigação. Seria o ato de contrair (*contrahere*), no sentido de restringir, apertar.

No Direito Romano, o contrato era baseado em dois pontos principais, os chamados *contractus* e *pactum*. No que diz respeito ao *pactum*, este era caracterizado por não promover nenhum tipo de sanção. Já o *contractus* era caracterizado por convenções que inexistiam sem exteriorização de forma. O *contractus* era dividido em *litteris*, *re* e *verbis*.

Abordando esta divisão do *contractus*, Marco Flávio de Sá⁵¹ assevera:

Os contratos *litteris* exigiam, para sua validade, a inscrição num livro de contabilidade doméstica do credor, denominado *codex accepti et expensi*. Os contratos *re* (ou *datio rei*) caracterizavam-se pela necessidade de observância da tradição da coisa, como pressuposto de sua validade, ao passo que por *verbis*, eram entendidos aqueles cuja formação válida estava ligada ao ritual de proferir determinadas palavras que os identificassem e servissem de pressuposto para a instauração da obrigação correspondente.

As bases deste tipo de contrato eram devido a necessidade da formalidade, era o vínculo necessário entre o estabelecimento de direitos e deveres das partes.

Com o desenvolvimento do Império Romano e o crescimento de Roma, foram surgindo novas necessidades de estabelecimento de contratos, para mediar a atividade econômica da época.

Neste sentido, José Luis Lacruz Berdejo⁵² leciona:

Mas para a grande cidade comercial que Roma chega a ser com o tempo, o antigo sistema se revela insuficiente, e para responder as novas necessidades se introduzem contratos que já não precisam de nenhuma formalidade. Não se trata, agora, de formas contratuais

⁵⁰ SÁ, Marco Flávio de. Contrato: Um conceito em construção. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/58497287/Contrato-Um-Conceito-Em-Construcao>

⁵¹ Idem.

⁵² LACRUZ BERDEJO, José Luis. Et. al. Elementos de Direito Civil II. Direito das obrigações: parte geral. Teoria Geral do contrato. V. 1. 3 ed. Madrid: Dykinson, 2003.p. 326.

hábeis para qualquer conteúdo, mas sim de conteúdos contratuais aos quais, em vista de sua utilidade social, é concedida – somente a eles – força vinculante: a compra e venda, o arrendamento de coisas e serviços, o mandato e a sociedade.

Devido ao fato supracitado, houve uma ampliação no que diz respeito à forma de como se davam os contratos, atribuindo a estes valor jurídico no que tangia ao intercâmbio de prestações e ao caráter vinculativo e obrigacional das novas formas de contrato.

Ricardo Luis Lorenzetti⁵³ destaca:

Nesses últimos casos deve notar-se que mais que ao “acordo” se aludia à relação que era causa do vínculo obrigatório; por ele se distinguia entre a causa e o consenso ou convenção. Para que nascesse a obrigação contratual era necessária uma razão, uma dada causa: se entregou uma coisa, se cumpriu uma prestação e, então, deveria ser cumprida a contraprestação. Essa relação foi se desdobrando ao longo do tempo até simplificar-se, na Idade Média, na regra “somente o consenso obriga”, ainda que não exista causa.

As bases científicas do contrato se firmaram na Idade Média, moldadas pelas necessidades da ordem social vigente, destinado ao estabelecimento do senso ou consenso comum.

Marco Flávio de Sá⁵⁴ destaca:

Estabelecidos os princípios da autonomia da vontade e do consensualismo na Idade Média, o contrato estava consolidado como o instituto clássico destinado à regulação dos diversos negócios jurídicos existentes, independentemente da sua natureza ou classificação. O período da Idade Média, contudo, não foi profícuo no que concerne a outros significativos avanços na concepção de contrato, além do estabelecimento dos princípios acima referidos.

Na Idade Moderna, houve uma forte mudança no estabelecimento dos contratos. Com o advento do Liberalismo Econômico, o contexto social-econômico exigia do mundo jurídico uma forma de garantir as relações econômicas de caráter privado.

⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado dos contratos. Parte geral . 1. ed. Santa Fé: Bubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 9

⁵⁴ SÁ, Marco Flávio de. Contrato: Um conceito em construção. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/58497287/Contrato-Um-Conceito-Em-Construcao>

Neste período, a interpretação dos contratos era feita de forma literal. Orlando Gomes⁵⁵ destaca que o contrato era visto “como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social”.

No entanto, este tipo de interpretação gerava inquietação social, pois não era considerada a condição sócio-econômica cultural das partes, que geralmente intensificava as diferenças sociais já existentes.

Com o surgimento dos conflitos entre capital e trabalho, e o agravamento destes, foi necessário que o modelo intervencionista do Estado entrasse novamente em cena.

O modelo intervencionista utilizado em casa país fez com que as características fossem ficando cada vez mais forte, dependendo do modelo adotado, seja Capitalista ou Socialista. Mas independente do modelo adotado, o que se percebe é que o Estado retoma as rédeas regulamentadoras do processo produtivo-econômico.

Marco Flávio de Sá⁵⁶ destaca que:

Os principais reflexos dessa alteração sobre os princípios contratuais são: a relativização do princípio da autonomia da vontade, que passa a sofrer limitação por parte das leis e dos costumes (normas cogentes); a limitação do consensualismo, ante a imposição normativa de uma série de condutas aos particulares; a relativização do princípio da força obrigatória, mediante a aceitação da revisão contratual pelo Judiciário; e a diminuição da informalidade sobre os contratos, primando-se pela elaboração das formas contratuais, a fim de conferir maior segurança ao estabelecimento do negócio jurídico.

O desafio de compreender o surgimento do contrato na sociedade se dá, no intuito de entender o contrato não somente ligado ao vínculo obrigacional, mas também voltado para o bem comum, na intenção de se ajustar as condutas que possam surgir.

Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira⁵⁷ destaca:

⁵⁵ GOMES, Orlando. Contratos. p. 6

⁵⁶ SÁ, Marco Flávio de. Contrato: Um conceito em construção. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/58497287/Contrato-Um-Conceito-Em-Construcao>

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Cláusula Rebus SicStantibus. In Revista Forense. V. XCII. Rio de Janeiro: Dezembro, 1942. p. 174.

O princípio da função social também encontra o seu fundamento constitucional no princípio da solidariedade, de acordo com o qual se exige dos contratantes e dos terceiros que colaborem entre si e respeitem as situações jurídicas anteriormente constituídas.

Contudo, com o grande enfraquecimento do bloco Socialista no final do século XX ocorreu, em parte, à forte ação intervencionista do estado no processo produtivo-econômico, causando à população em geral um estado de grande pobreza.

Desta forma, o ideário liberal tomou grande impulso, principalmente no que tangia à liberdade e livre iniciativa, tanto apregoada pelo sistema Capitalista, o que ocasionou a diminuição da excessiva regulação estatal.

Neste cenário, e com o crescimento da globalização como fenômeno econômico mundial, houve um fortalecimento do ideário neoliberal, conforme descrito por Ricardo Luis Lorenzetti⁵⁸:

Esta tendência (globalização) representa uma nova “concepção” de contrato, no sentido de que trata de harmonizar concepções nacionais diferentes mediante um processo de abstração das regras e de conciliação das diferenças.

No entanto, é necessário ressaltar que não se pode confundir a primazia da função social do contrato como uma forma de se permitir que o Estado interfira de maneira desmedida nos contratos, haja vista, que no desenrolar da história da humanidade, percebeu-se que este tipo de intervenção não se mostra de forma eficaz no tipo de sociedade que se vive atualmente.

O que se percebe na sociedade atual, no que diz respeito à intervenção do Estado nos contratos, é que esta se realiza, ou pelo menos deveria se realizar, de forma a garantir o cumprimento daquilo que está descrito no texto dos contratos, visando inclusive, coibir ações inconstitucionais, ou ações abusivas que possam prejudicar o processo de desenvolvimento econômico, mas sem, contudo, interferir na livre iniciativa entre as partes.

Sobre este assunto, Ricardo Luis Lorenzetti⁵⁹ afirma:

⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado dos contratos. Parte geral . 1. ed. Santa Fé: Bubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 9

⁵⁹ Idem.

A teoria contratual está estreitamente vinculada às idéias acerca de como a sociedade e o mercado devem ser organizados, e nesse sentido se pode falar de concepção do contrato. Nosso propósito é mostrar que estamos ante um conceito normativo mutável segundo os costumes e que denota vários pressupostos de fato diferentes. Desta perspectiva, estudaremos as concepções do contrato em diferentes períodos históricos (perspectiva diacrônica), e as distintas concepções atuais (perspectiva sincrônica).

Portanto, mais uma vez é possível perceber, que o Direito é uma ciência que está atrelada ao desenvolvimento e às necessidades sociais, pois suas formas de mediação das relações vão se modificando conforme a sociedade necessita.

3.2 Conceito

O conceito de contrato está intimamente ligado à sua origem histórica, apresentada no item anterior. Pode-se compreender que a partir da sua formação histórica, é que se delimitou o conceito atualmente conhecido.

César Fiuza⁶⁰ aborda o conceito atual de contrato:

Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e sócio-econômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.

Analisando os dizeres supracitados, pode-se perceber que a dignidade da pessoa humana precisa ser respeitada nos acordos feitos nos contratos, e que o Estado tem o papel de cuidar deste fato.

Nelson Rosenvald⁶¹ destaca:

A expressão “dignidade da pessoa humana” não é supérflua, tampouco redundante. Demonstra que a dignidade não pode ser aferida por padrões individuais, pois não basta que o indivíduo seja livre, mas que pertença, por essência, à humanidade. Uma humanidade na qual os indivíduos jamais deixam de ser um fim, sob pena de conversão em meios para os fins alheios. Essa visão auxilia o intérprete em uma percepção menos abstrata e mais efetiva do princípio, uma vez que, enquanto o valor liberdade se conecta

⁶⁰ FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. *Panóptica*, ano 1, nº2. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/7Porumaredefiniaodacontratualidade.pdf

⁶¹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005

imediatamente com as nossas expectativas individuais, a dignidade nos remete a tudo aquilo que concerne ao gênero humano.

É importante salientar, que dentre os muitos conceitos de contrato existentes, todos convergindo em um mesmo sentido, não é possível encontrar na legislação brasileira a conceituação de contrato.

O Código Civil de 2002, a exemplo do Código Civil de 1916 também não trouxe em seu texto legal a conceituação de contrato, conforme afirmado por Flávio Tartuce⁶²:

O Código Civil Brasileiro de 2002, a exemplo do seu antecessor, não tomou o cuidado de conceituar o contrato. Em um primeiro momento, pode-se pensar que agiu bem o novel legislador, pois não cabe a ele, e sim à doutrina, a tarefa de conceituar as categorias jurídicas. Todavia, cumpre assinalar que a atual codificação brasileira está baseada, entre outros, no princípio da operabilidade, que tem um dos seus sentidos expressos na simplicidade ou facilitação dos institutos civis. Consigne-se que o Código Brasileiro conceitua algumas figuras contratuais típicas, mas não chegou a conceituar o contrato, relegando, mais uma vez, a tarefa à doutrina.

Dentro do conceito de contrato, pode-se observar que existe a influência do Estado Democrático de Direito, que apesar da intervenção estatal ainda contam com a liberdade de contratar e outros princípios da norma contratual.

Neste diapasão, Humberto Theodoro Júnior⁶³ destaca:

É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de direito, não de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob “efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos.

⁶² TARTUCE, Flávio. O conceito de contrato na contemporaneidade. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2011/08/23/o-conceito-de-contrato-na-contemporaneidade/>

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 6.

4. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS NOS CONTRATOS EM GERAL

A alienação fiduciária pode ser considerada como um instituto que ainda continua a desafiar aqueles que estudam a ciência do Direito, pois dentro de suas prerrogativas está a capacidade de se adaptar às diversas necessidades sociais.

Neste sentido, Orlando Gomes⁶⁴ salienta:

A alienação fiduciária em garantia, tal como se acha legalmente esquematizada entre nós, tem provocado desencontro de interpretações e controvérsias acadêmicas em quase todos os pontos atacados pela doutrina. Censura-se sua denominação, tergiversa-se na determinação de sua origem, vacila-se na sua conceituação, na fixação dos elementos da relação jurídica, na determinação do conteúdo e definição de natureza jurídica.

Pode-se considerar que sua complexidade é oriunda de sua origem e processo histórico, de seu surgimento no Direito Romano, sua adaptação ao Direito Anglo-Saxão até o Direito Brasileiro, haja visto sua complexidade, pois aborda a propriedade fiduciária, propriedade resolúvel, intimação e purgação de mora e da possibilidade de ser contratada tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica.

Baseado na Lei 9.514/97, mais especificamente em seus artigos. 22 e 23, com o estabelecimento das normas aplicáveis aos contratos de alienação fiduciária, é utilizada em larga escala no mercado imobiliário e como forma de garantia de cumprimento de obrigações.

Dos artigos 22 a 33 da lei 9.514/97 encontram-se as normas necessárias para a alienação fiduciária de coisa imóvel. Nos artigos 23 e 24⁶⁵ estão as normas básicas para o estabelecimento do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel:

⁶⁴ GOMES, Orlando. Contratos. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 460

⁶⁵ BRASIL. Lei 9.414/97. Dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

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

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

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

I - o valor do principal da dívida;

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

III - a taxa de juros e os encargos incidentes;

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

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

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

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

O que se pode perceber analisando o texto da lei supracitada é que tal modalidade de garantia pode ser firmada tanto por pessoa física e jurídica, o que pode viabilizar sua utilização no estabelecimento de contratos de ordem geral, não cabendo somente a um tipo específico de contrato.

Acredita-se, portanto, que este seja um grande incentivo na utilização desta forma de garantia, pois é acessível tanto a pessoa física quanto jurídica, além de facilitar a retomada extrajudicial o fazer valer a exigência do pagamento da obrigação, por parte do fiduciante.

Salienta-se que neste tipo de contrato a alienação fiduciária como garantia é de fácil acesso, além de ser de fácil resolução de problemas oriundos da falta de cumprimento da obrigação assumida, pois o fiduciário possui o contrato como forma de recebimento da obrigação, garantido pelo leilão extrajudicial do bem imóvel alienado.

Desta forma, compreende-se que o imóvel objeto da alienação fiduciária possui caráter resolúvel, pois a pessoa efetiva portadora da propriedade do imóvel ainda é o devedor, pois o credor possui apenas a posse temporária, até que se cumpra a obrigação assumida.

Para o caso do não cumprimento da obrigação, aplica-se, portanto, o art. 26 da lei 9.514/97, que afirma que:

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.

Apesar de toda a legalidade da alienação fiduciária como garantia de se fazer cumprir uma obrigação, o que se percebe é que este tipo de garantia é largamente utilizada somente no Sistema de Financiamento Imobiliário, não sendo estendido aos demais modos de financiamento.

O que se defende aqui é a aplicação da alienação fiduciária como garantia nos contratos em geral, haja vista, que diante do exposto, a alienação fiduciária é uma forma de garantia de cumprimento de obrigação, dando ao credor a certeza que em caso de não pagamento da dívida, há uma forma de se fazer cumprir o pagamento desta, sem que lhe haja ônus algum.

Neste sentido, Melhim Namen Chalhub⁶⁶ destaca:

A alienação fiduciária é contrato que dá origem à propriedade fiduciária; para fins de garantia imobiliária, é contrato por meio do qual o proprietário, com escopo de garantia, contrata a transferência da propriedade resolúvel de determinado imóvel ao credor; por essa forma, constitui-se uma relação fiduciária na qual o transmitente é denominado fiduciante, e o credor, fiduciário. Essa espécie de negócio pode ser pactuado como garantia de qualquer obrigação, e não apenas para garantia de pagamento de dívida, assim como pode ser constituída por um terceiro, estranho à relação creditícia.

Desta forma, ressalta-se que a alienação fiduciária é uma forma de garantia de suma importância, haja vista que no caso de não pagamento da obrigação, o credor terá formas de fazer valer seus direitos sem que haja prejuízo de sua parte, pois este possui a propriedade fiduciária e poderá, nos termos da lei, levar a propriedade a leilão para que seja paga a dívida em aberto.

⁶⁶ CHALHUB, Melhim Namem. Negócio Fiduciário. Renovar: Rio de Janeiro-São Paulo, 2000, 2ª ed. Atualizada e ampliada, p.241.

Há de se compreender, inclusive, que tanto o credor quanto o devedor, constantes no contrato de alienação fiduciária, estão sob a égide de legislação específica para que seus direitos sejam preservados.

Além da lei 9.514/97, que aborda especificamente a alienação fiduciária, ainda pode-se encontrar no decreto-lei 911/69, art. 1º.:

Art. 1º. 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 tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

§ 1º A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros.

A garantia, ou seja, a certeza de recebimento da obrigação, encontra-se descrito no art. 2º. da mesma lei, conforme texto legal a seguir:

Art 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

§ 1º O crédito a que se refere o presente artigo abrange o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convencionados pelas partes.

Se comparados, tanto o decreto-lei 911/69 quanto a lei 9.514/97, pode-se fazer uma distinção dos poderes inerentes ao fiduciário, e isto se deve ao fato de que o fiduciário, pois no que diz respeito à alienação fiduciária de bem imóvel, o fiduciário encontra-se engessado, pois não possui plenos poderes sobre a propriedade alienada.

Desta forma, considera-se que os direitos do fiduciário na alienação fiduciária de bem imóvel estão atenuados e restritos à garantia sobre coisa alheia: o imóvel do fiduciante, ao passo que o fiduciante é titular dos direitos sobre o imóvel, à exceção da posse indireta.

Assim sendo, depois de mencionar que o contrato de alienação fiduciária se caracteriza pela contratação da transferência da propriedade resolúvel, o legislador não faz mais menção a essa propriedade resolúvel, nem que seja constituída uma propriedade resolúvel pelo registro do contrato de alienação fiduciária, mas somente a propriedade fiduciária.

Ainda há a possibilidade de se encontrar a alienação fiduciária no Código de Defesa do Consumidor, a partir do momento que se estabelece uma relação de consumo entre credor e devedor, como é o caso de empréstimo bancário.

Neste sentido, André Luiz Arain Trentini⁶⁷ afirma:

Pois bem, sabendo-se que a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de crédito bancário e financiamento e, conseqüentemente, ao de alienação fiduciária, por ser este acessório de um principal.

Percebe-se que a utilização da alienação à luz do Código de Defesa do Consumidor vem possibilitar a superação de alguns entraves legais, pois apesar de ser novo, dá uma nova segurança aos contratantes, minimizando a existência de abusos.

No entanto, ainda há muito a depurar sobre o negócio fiduciário de coisa imóvel. Mas, no que toca à penhora, acredita-se não haver impedimento a que ela recaia sobre o imóvel quando o direito perseguido for o do fiduciante, e quando isso ocorrer antes da consolidação da propriedade resolúvel no fiduciário, podendo a ordem judicial, nesse ponto, dirigir-se tanto à constrição do imóvel como referir-se genericamente à penhora dos direitos do fiduciante.

⁶⁷ CHALHUB, Melhim Namem. Negócio Fiduciário. Renovar: Rio de Janeiro-São Paulo, 2000, 2ª ed. Atualizada e ampliada, p.241.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alienação fiduciária em garantia, negócio jurídico inerente precipuamente ao sistema financeiro, porém que não lhe é privilégio, com misto de direitos obrigacionais, é um contrato que encerra direitos e obrigações para credor e devedor. Contrato bilateral, portanto. É acessório, posto vinculado a um contrato principal, qual seja o de mútuo financeiro, objetivando apenas a transferência de coisas, títulos ou direitos, com fins de garantias. Compõe-se de dois elementos: um, do direito obrigacional, inerente à obrigação mutuada; outro, do direito real, consistente na transferência da propriedade ao credor, como garantia da obrigação mutuada.

No desenvolvimento deste estudo, foi possível perceber que a alienação fiduciária de bem imóvel é um assunto muito amplo e que necessita ser estudado com cuidado.

A legislação vigente disponibiliza as características da alienação fiduciária, principalmente no que diz respeito à alienação fiduciária de bem imóvel nos contratos em geral.

Sabe-se que a alienação fiduciária de bem imóvel é largamente utilizada no financiamento de imóveis, mas acredita-se que esta pode ser um tipo de garantia utilizada em outras modalidades de contrato, pois é uma forma de garantir os direitos do credor, no que tange ao cumprimento da obrigação.

Essa alienação fiduciária tem função de garantia e, portanto, é direito acessório em relação ao direito de crédito ou à obrigação á qual está vinculada para fins de garantia. Portanto, seguirá sempre a sorte do direito principal, de modo que em caso de cessão do crédito, a propriedade fiduciária que garante o crédito será igualmente transmitida ao cessionário do direito creditório.

Acredita-se que seja necessário um maior aprofundamento com relação ao assunto, pois é possível melhorar a utilização da alienação fiduciária de bem imóvel nos contratos em geral.

Apesar de haver alcançados seus objetivos, este trabalho ainda é muito limitado diante de um assunto tão vasto, fazendo-se necessário que outros estudos sobre o assunto venham a ser realizados.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº70, de 21 de novembro de 1966.** Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969.** Altera a redação do art. 66, da lei 4.728, de 14 de julho de 1965. Estabelece normas sobre o processo de alienação fiduciária e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº4.728 de 14 de julho de 1965.** Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

BRASIL. **Lei 9.414/97.** Dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **Aspectos Gerais e Questões Polêmicas da Alienação Fiduciária de Imóveis.** PUC, São Paulo. 2006.

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

COSTA, Valestan Milhomem da. **Os direitos do fiduciário e do fiduciante na alienação fiduciária de coisa imóvel.** Jusnavigandi, 2006.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis.** Editora Método, São Paulo, 2007.

FORGIARINI, Giorgio. **Aspectos relevantes da alienação fiduciária em garantia.** 2002. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/50483765/Alienacao-Fiduciaria-em-Garantia>.

FIUZA. César. **Por uma redefinição da contratualidade.** Panóptica, ano 1, nº2. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/7Porumaredefiniaodacontratualidade.pdf

FREIRE. Ana Carolina de Salles. GIANETI. Mateus Donato. **A propriedade fiduciária e o Novo Código Civil.** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/1782>

GODOY, Minéia de. **Alienação Fiduciária.** Boletim Jurídico, Ed. 181, 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1326>.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Forense: Rio de Janeiro, 2001.

GUEDES, Érico Pereira Coutinho. **Contrato de alienação fiduciária em garantias versus IPVA Baiano: Controvérsias acerca do fato gerador e do**

sujeito passivo da obrigação tributária. Disponível em: www.direitofba.net/artigos/artigo005.doc

LACRUZ BERDEJO, José Luis. Et. al. **Elementos de Direito Civil II**. Direito das obrigações: parte geral. Teoria Geral do contrato. V. 1.3 ed. Madrid: Dykinson, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado dos contratos**. Parte geral . 1. ed. Santa Fé: Bubinzal – Culzoni Editores, 2004.

MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Norton Editor, Porto Alegre, 2006.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro, 2009, Ed Lumen Júris.

NETTO, Nelson Rodrigues. **A evolução da alienação fiduciária em garantia**. 26 ed. São Paulo: Revista do curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Vol. 16.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Cláusula Rebus SicStantibus**. In Revista Forense. V. XCII. Rio de Janeiro: Dezembro, 1942.

ROSENVALD. Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005

SÁ. Marco Flávio de. **Contrato: Um conceito em construção**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/58497287/Contrato-Um-Conceito-Em-Construcao>

TARTUCE. Flávio. **O conceito de contrato na contemporaneidade**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2011/08/23/o-conceito-de-contrato-na-contemporaneidade/>

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.