

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	09
CAPÍTULO I – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	13
1.1 Conceito	15
1.2 Requisitos	16
1.3 Características, natureza jurídica e espécies	17
CAPÍTULO II – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS	19
2.1 Propriedade resolúvel ou fiduciária.....	20
2.2 Sujeitos	21
2.3 Objeto e forma de contrato.....	22
2.4 Direitos e obrigações do fiduciante.....	25
2.5 Direitos e obrigações do fiduciário	26
2.6 Execução do contrato	27
2.7 Cessão do Contrato	31
CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIDADE DOS PROCEDIMENTOS DE EXECUÇÃO E COBRAÇA PREVISTOS NA LEI 9.514/97	34
3.1 Procedimentos executórios em face do Código de Defesa do Consumidor	34
3.2 Considerações sobre a constitucionalidade dos meios de resolução da garantia fiduciária	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

O estudo que segue intitulado como “Alienação fiduciária de imóveis: A constitucionalidade dos procedimentos de execução e cobrança da lei 9.514/97” possui o objetivo de demonstrar a constitucionalidade do referido dispositivo no que tange aos procedimentos de execução e cobrança extrajudicial. Esse procedimento foi implantado visando a resolução imediata das dívidas referentes à alienação fiduciária, ficando o imóvel como garantidor da resolução do contrato.

No entanto existe divergência de entendimentos quanto à constitucionalidade de tais procedimentos, restando assim a mazela de sustentar a ausência de posicionamento formalizado frente a esta questão, ficando a sociedade a mercê de entendimentos diversos, causando nesta um sentimento de insegurança jurídica.

Como solução hipotética para o presente problema, temos que tais procedimentos, dentre eles o leilão extrajudicial, devem ser considerados constitucionais, visto que além de não infringir preceito constitucional, este se adapta ao já existente Decreto Lei nº 70/66 e é compatível com o vigente Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, além dos fundamentos expostos aquele que sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito possui o resguardo constitucional de acesso ao Poder Judiciário, não só para reprimir a prática de determinado ato lesivo, como, também, para impor a reparação de danos causados por fraude de qualquer natureza.

Para a demonstração da aplicabilidade da hipótese proposta, utilizamos da metodologia fundada em fontes doutrinárias, dando devida relevância aos ensinamentos de Melhim Namem Chalhub marco teórico do presente e em fontes legislativas, sendo necessária também a utilização de pesquisa jurisprudencial, para a comprovação da aplicabilidade de entendimentos contrários na prática.

Para o bom desenvolvimento, o conteúdo deste foi dividido em três capítulos. Iniciando pelo estudo do instituto da alienação fiduciária, traçando sua origem e evolução histórica, conceito e natureza jurídica.

No segundo capítulo a alienação fiduciária continua como objeto de estudo, no entanto, neste momento o foco é voltado para o estudo da alienação fiduciária de bens de natureza imóveis, enunciando suas principais características, formas de

contratação e aquele que é objeto deste que são as formas de execução e cobrança aplicadas nesta modalidade.

Tendo como objetivo, finalizar as discussões sobre a constitucionalidade dos procedimentos de execução e cobrança da lei 9.514/97, elencamos no terceiro capítulo os fundamentos utilizados pela corrente que defende a inconstitucionalidade e também as considerações realizadas pela doutrina contrária, que atribui a tais procedimentos eficácia constitucional. Defendemos neste capítulo a aplicação da segunda corrente, fundamentados em preceitos e garantias constitucionais existentes e em resultados obtidos através de pesquisa jurisprudencial, ficando desta forma comprovada a aplicação da hipótese.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O estudo monográfico que se inicia, visa sanar as dúvidas referentes aos procedimentos de execução e cobrança introduzidos pela lei 9.514/97, demonstrando os benefícios trazidos por tal inovação e enfatizando a constitucionalidade de tal instituto.

A confirmação da constitucionalidade faz-se necessária devido ao surgimento de corrente doutrinária e jurisprudencial divergente, que tornaram a eficácia de tais procedimentos questionáveis, gerando aos inúmeros indivíduos que adquiriram bens imóveis através de contrato de alienação fiduciária, enorme insegurança jurídica.

Essa modalidade contratual consiste na possibilidade do bem adquirido figurar como garantia ao débito assumido para a compra deste, ficando o devedor (fiduciante) com a posse direta e depósito da coisa, enquanto o credor (fiduciário) possui a posse indireta e o domínio resolúvel. Devido a complexidade do assunto, a apresentação do conceito dado por César Fiúza, torna-se pertinente, como segue:

Alienação Fiduciária em garantia é o contrato pelo qual uma pessoa, o devedor fiduciante, a fim de garantir o adimplemento de obrigação e mantendo-se na posse direta, obriga-se a transferir a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra pessoa, o credor fiduciário, que fica adstrito a retransmitir o direito de propriedade ou a titularidade do direito ao devedor fiduciante, assim que paga a dívida garantida¹.

O ordenamento jurídico pátrio até o ano de 1997 possibilitava apenas a aplicação de tais contratos aos bens de natureza móvel, no entanto a partir desta data, esta lacuna foi suprimida, com o surgimento do referido dispositivo legal, que regulamenta a alienação fiduciária de bens imóveis. Sendo descrita por Waldo Fazzio Júnior, desta forma:

É o contrato pelo qual o devedor (fiduciante), a título de garantia, acorda a transferência ao credor (fiduciário), pessoa física ou jurídica, da

¹ FIÚZA, César *apud* MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p. 20.23

propriedade resolúvel de coisa imóvel. Divide-se a posse, uma vez que o fiduciante exerce a posse direta, mas o fiduciário torna-se possuidor indireto do imóvel.²

A implantação desta legislação fomentou o mercado imobiliário, pois teve o condão de facilitar e possibilitar o financiamento para aquisição de propriedade imóvel, permitindo qualquer pessoa a contratar, independente se física ou jurídica, pertencente ou não ao Sistema Financeiro Imobiliário.³

A aquisição de imóvel por este contrato é classificada como derivada a título singular, devendo o adquirente registrar o título de transferência no Cartório de Registro Imobiliário competente, como demonstrando por Maria Helena Diniz, no comentário traçado que segue:

Logo os negócios jurídicos, em nosso sistema jurídico, não são hábeis, para transferir o domínio de bem imóvel. Para que se possa adquiri-lo, além do acordo de vontades entre adquirente e transmitente é imprescindível o registro do título translativo na circunscrição imobiliária competente, sendo necessária, como se vê, a participação do Estado por intermédio do serventuário que faz esse registro público sem o qual não há transferência de propriedade.⁴

Tocante ao direito real da propriedade torna-se indispensável à apresentação do conceito dado por Orlando Gomes:

O direito real de propriedade é o mais amplo dos direitos reais, - "*plena in re potesta*".

Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.⁵

² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Direito Comercial**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 491.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. ed. v. 5. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 606.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

⁵ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 97.

O diploma legal citado, não inovou apenas ao permitir o uso do contrato de alienação fiduciária aos bens imóveis, inovou também ao criar a possibilidade de execução extrajudicial do devedor constituído em mora, facilitando assim o ressarcimento da dívida adquirida por este. Tal instrumento é descrito por Marioni e Arenharts, como:

[...] execução nada mais é do que uma prestação jurisdicional voltada à tutela do direito de crédito. Ora, quando a execução é fundada em título executivo extrajudicial, precedendo à eventual atividade cognitiva pode ser instaurada pelo devedor, ela obviamente deve iniciar mediante ação de execução. Porém, quando a execução é posterior à cognição, fundando-se em sentença, ela apenas constitui a fase final da ação voltada à tutela do direito material.⁶

Ao procedimento de execução e cobrança foi atribuída a obrigatoriedade de promoção de leilão público para alienação do imóvel, assim que consolidada a propriedade em nome do fiduciário, visando deste modo evitar abuso por parte do credor, pois este não poderá permanecer com o imóvel.

No entanto a constitucionalidade de tais procedimentos tem sido questionada por parte da doutrina e jurisprudência, como demonstra o posicionamento de Ernane Fidélis dos Santos.

Nos termos do § 7º do mesmo art. 26, transcorrido o prazo, sem a purgação da mora, o oficial competente do Registro de Imóveis certificaria o fato, e, recolhido pelo credor fiduciante o imposto de transmissão, se já não se pagou, faria o devido registro na matrícula respectiva, declarando consolidada a propriedade no credor fiduciário. É evidente que tal preceito está eivado de inconstitucionalidade, já que atribui à autoridade administrativa função eminentemente jurisdicional. As conseqüências contratuais e a consolidação da propriedade em desacordo, ainda que eventuais, configuram autêntico litígio, cuja solução, se não houver a autocomposição, é da competência exclusiva do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), feridos ainda o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (incs.LIV e LV).⁷

⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Execução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.3. p.29.

⁷ DOS SANTOS, Ernane Fidélis *apud* MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p. 90.

Por outro lado, conforme observa Chalhub:

No caso específico da venda extrajudicial do bem objeto da garantia, as normas não são, em si mesmas, incompatíveis com os princípios constitucionais do art.5º, XXXV, LIV e LV, podendo ser exercido o direito de ação pelo devedor sempre que ocorrer lesão ou ameaça de lesão a direito, inclusive se verificada por inobservância dos requisitos legais consubstanciadas dos princípios de aplicação geral e nas normas específicas, que delineiam o regime legal peculiar de cada modalidade de venda privada, sejam as normas do Código Civil, relativas ao penhor, ou aquelas contidas na legislação especial.⁸

Entendemos de acordo com o segundo posicionamento, pois o fiduciante ao ver lesão ou ameaça de lesão a direito, possui a garantia constitucional de recurso ao Poder Judiciário, ficando assim consubstanciado a aplicação de tais procedimentos.

⁸ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 349.

CAPÍTULO I – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

O presente trabalho tem como objetivo o estudo sobre a constitucionalidade dos procedimentos de execução e cobrança extrajudiciais nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis, introduzidos pela lei 9.514/97.

Entretanto, visando a complexidade do tema proposto, faz-se necessário a devida apresentação sobre esta modalidade de negócio jurídico, que tem o objetivo de dar substrato aos contratos de financiamento de bens imóveis e de bens móveis duráveis⁹. Sendo descrito por Orlando Gomes, como:

A alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico mediante o qual o adquirente de um bem transfere o domínio do mesmo ao credor que emprestou o dinheiro para pagar-lhe o preço, continuando entretanto o alienante a possuí-lo pelo *constituto possessório*, resolvendo-se o domínio do credor quando for pago de seu crédito.¹⁰

Esta espécie contratual já era presente no direito romano, sendo neste período praticada na forma da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*, sendo que ambas tinham em comum a transmissão do bem, para determinado fim, com a obrigação de restituição do bem após o cumprimento do objetivo do contrato. Como menciona Melhim Namem Challub:

[...]– *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.¹¹

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. ed. v. 5. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 592.

¹⁰ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, 28. ed. v. 5. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 241.

¹¹ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p.10.

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, este foi largamente utilizado na era clássica e pós-clássica, mas após este período caiu em desuso.

A fidúcia também foi utilizada no direito germânico, diferenciando quanto a natureza e aos limites do poder jurídico do fiduciário sobre o objeto, como demonstra Martin Wolf:

Enquanto no sistema romano a alienação era incondicional, só existindo uma obrigação pessoal de restituição sujeita à extinção resolutiva de pagamento da dívida; assim, pois, cumprida a condição, a propriedade voltava ao alienante, assegurada por efeito da condição resolutiva.¹²

Além do citado direito romano e germânico o direito inglês, também tratou acerca da transmissão de propriedade com o escopo de garantia.

No direito pátrio, tendo em vista a recessão econômica em que se encontrava o país na década de 60, o governo visando acelerar o desenvolvimento, dominar a crescente inflação e promover necessárias reformas sociais, da início ao mercado de capitais, promulgando as leis 4.594/64 e 4.728/65.¹³

O segundo preceito legislativo introduziu a alienação fiduciária em garantia, visando fomentar a aquisição de bens de consumo duráveis, melhorando assim as condições de segurança ao credor.

¹² WOLF, Martin *apud* CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p.10.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 544

1.1 Conceito

A alienação fiduciária em garantia é um direito real¹⁴ sobre coisa alheia, “pelo qual o devedor (fiduciante) transfere ao credor (fiduciário) a propriedade resolúvel de bem móvel ou imóvel, conservando sua posse direta”.¹⁵

Como já mencionado este instituto foi introduzido pela lei 4.728/65, no entanto em 1969 o Decreto-lei n° 911, alterou a redação do artigo 66, disciplinando sobre a garantia fiduciária, sendo estes posteriormente revogados pela lei 10.931/04¹⁶. Tendo em vista as alterações legais acima, Waldo Fazzio Junior, assevera que:

Trata-se de contrato instrumental de um mútuo, em que o mutuário-fiduciante (devedor), para garantia do cumprimento de suas obrigações, aliena ao mutuante-fiduciário (credor) a propriedade de um bem. Essa alienação se faz em fidúcia, de modo que o credor tem apenas o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa alienada, ficando o devedor como depositário e possuidor direto desta. Com o pagamento da dívida, ou seja, com a devolução do dinheiro emprestado, resolve-se o domínio em favor do fiduciante, que passa a titularizar a plena propriedade do bem dado em garantia.¹⁷

Nesta linha, este contrato consiste em duas relações jurídicas, sendo uma obrigacional referente ao débito contraído e outra real no que tange a garantia. Também é caracterizado por ser subordinado a uma condição resolutiva, pois esta extingui-se com a solução do débito.

¹⁴ O direito real é o que afeta a coisa direta e imediatamente, sob todos ou sob certos respeitos, e a segue em poder de quem quer que a detenha. [LAFAYETTE *apud* RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, 28. ed. v. 5. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 259.]

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 3 ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254.

¹⁶ A Lei n° 10.931/2004 alterou as características do contrato de alienação fiduciária, admitindo a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis. [BRASIL. Lei 10.931, de 02 de Agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei n° 911, de 1° de outubro de 1969, as Leis n° 4.591, de 16 de dezembro de 1964, n° 4.728, de 14 de julho de 1965, e n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.931.htm. Acesso em: 28 mar. 2011.]

¹⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Direito Comercial**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 491.

1.2 Requisitos

Para que o contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa móvel infungível, no âmbito do mercado financeiro e de capitais seja celebrado, é necessário o preenchimento dos requisitos elencados no artigo 1.362 do vigente Código Civil.

Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterà:
I – o total da dívida, ou sua estimativa;
II – o prazo, ou a época do pagamento;
III – a taxa de juros, se houver;
IV – a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.¹⁸

Além dos requisitos acima expostos, a lei 10.931/04 inseriu a obrigatoriedade da presença da taxa de juros, da cláusula penal, do índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos a este atribuídos.¹⁹

Em se tratando do requisito subjetivo, esta modalidade contratual não é conferida apenas a rede bancária e financeira, podendo esta ser utilizada por particulares e por pessoas jurídicas de direito público, devendo, no entanto que estas pessoas possuam capacidade genérica para atos da vida civil, domínio do bem e o poder de dispor deste.²⁰

O contrato, seja ele celebrado por instrumento público ou particular, tem como requisito para sua constituição e para que possa ser oponível *erga omnes* o registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor. Esta obrigatoriedade esta contida no artigo 1.361 § 1º, da lei 10.406/2002.

Art. 1.361. § 1.º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de

¹⁸ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 mar. 2011.

¹⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Direito Comercial**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 487.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 547.

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.²¹

Além de instrumento de constituição do negócio jurídico, o registro é meio de prova da existência e legalidade deste.²²

1.3 Características, natureza jurídica e espécies

O contrato de alienação fiduciária em garantia, não tem a finalidade de transferência da propriedade, mas a transmissão do domínio é o instrumento garantidor do credor.

Desta forma, esta convenção para que possa ser devidamente celebrada, deve apresentar-se na forma de um contrato acessório, de garantia, típico, formal, oneroso, bilateral ou sinalagmático e cumulativo²³. Mário Pazzuti demonstra de forma clara em seus ensinamentos a natureza jurídica desta modalidade contratual.

É um **contrato de garantia**. Garante um crédito gerado em outro contrato, dito principal, de mútuo ou de parcelamento de preço de venda. Semelhante ao que ocorre com o hipoteca, trata-se de um **contrato acessório**. É um contrato **típico**, cujas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa na lei. O pacto de alienação fiduciária conduz os contratantes a adotar necessariamente as normas legais que compõem a sua dogmática. É um contrato **formal**, embora a forma possa variar como varie o “beneficiário final da operação”, segundo preceitua o art. 38 da lei. (...). Além do formalismo do ato, há o formalismo publicitário, decorrente da necessidade de registro para que seja constituída a propriedade fiduciária e do direito adquira validade contra terceiros. É **contrato oneroso**, na medida em que ambas as partes visam a obter vantagens ou benefícios, impondo-se encargos recíprocos.

²¹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 mar. 2011.

²² BRASIL. Decreto-lei 911, de 1º de Outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 29 mar. 2011.

²³ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 42.

É também **bilateral ou sinalagmático**, porque gera obrigações para ambos os contratantes, ficando cada um adstrito a uma prestação.²⁴ (grifos nossos)

Neste sentido, podemos acrescentar ainda, que a alienação fiduciária é translativa de domínio, pois é o ato de transmissão da propriedade como garantia para o credor e a sua restituição para o devedor, quando este resolve a obrigação.

Outro importante aspecto frente a natureza jurídica, relaciona-se a sua qualidade de direito real, que é adquirida após o efetivo registro, no qual fica o bem do próprio credor fiduciário gravado .

Além da natureza jurídica acima descrita, esta modalidade pactual possui duas características marcantes, que são a resolubilidade e a restrição a propriedade.

A resolubilidade é derivada da finalidade do contrato, que é a transferência da propriedade do bem, somente como garantia. No entanto, uma vez, ocorrido o adimplemento de tal condição, o fiduciante de maneira automática, tem a propriedade restituída.

Já a segunda característica, refere-se a restrição a propriedade, face o credor fiduciário em relação ao cumprimento da obrigação pelo devedor, que tem efeito *ex tunc*, impossibilitando o credor fiduciário as faculdades de usar e perceber os frutos desta.²⁵

Por fim, a alienação fiduciária é dividida em duas espécies, diferenciando-as quanto ao seu objeto. A primeira, no qual tratamos até o presente, é a alienação fiduciária de bens de natureza móveis fungíveis e infungíveis, desde que não sejam consumíveis.

A segunda, que é objeto principal do nosso estudo, será tratada a partir do próximo capítulo, referindo-se a alienação fiduciária em garantia de bens de natureza imóvel, que foi introduzida em nosso ordenamento jurídico com o advento da lei 9.514/1997.

²⁴ MEZZARI, Mário Pazzuti *apud* MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p. 27.

²⁵ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 45.

CAPÍTULO II – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS

Como mencionado, com o advento da lei 9.514/97, surge no ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de garantia real²⁶, a alienação fiduciária de imóveis. Neste dispositivo é feita a sua conceituação, nos termos que segue:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é 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.

§ 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.²⁷

Esta previsão legal foi criada para sanar a lacuna existente quanto a possibilidade de alienação fiduciária em garantia, quanto aos bens de natureza imóvel. Além de sanar tal situação jurídica, possibilitou o fomento do mercado imobiliário facilitando o acesso a aquisição de imóveis através de financiamento.²⁸

O referido dispositivo versa em seu texto sobre o procedimento necessário para dar efetividade legal a tal instrumento, tratando em seu artigo 23, que “*constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título*”.²⁹

Desta forma, o contrato não registrado não gera o direito real, mas somente um vínculo obrigacional entre as partes.

²⁶ Os direitos reais em garantia são espécies de direitos sobre a própria coisa, na medida em que conferem ao credor a titularidade da propriedade resolúvel dela, com vistas a tornar eficiente a recuperação do crédito. [COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. 3 ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253.]

²⁷ BRASIL. Lei 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. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm. Acesso em: 30 mar. 2011.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. ed. v. 5. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 606.

²⁹ BRASIL. Lei 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. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm. Acesso em: 30 mar. 2011.

2.1 Propriedade resolúvel ou fiduciária

O contrato de alienação fiduciária, como demonstrado anteriormente, é o contrato no qual o devedor transmite ao credor, uma propriedade resolúvel, denominada pelo próprio dispositivo legal, como propriedade fiduciária.³⁰

O Código Civil de 2002, tal qual o Código Civil de 1916, tratou em um capítulo próprio sobre a propriedade resolúvel, dispondo em seu artigo 1.359, que aplica-se a bens móveis e imóveis:

Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possuía ou detinha.³¹

A Lei 9.514/97 determina em seu artigo 33, que seja aplicado no que couberem as disposições dos arts. 647 e 648. Os referidos artigos são integrantes do Código Civil de 1916 e atualmente apresentam-se na forma do citado artigo 1.359. Desta forma torna-se imperioso, a apresentação do conceito dado por Afrânio Carlos:

A propriedade resolúvel ou fiduciária é aquela em cujo ato de transmissão da propriedade é inserta uma condição que modifica a irrevogabilidade da propriedade transmitida, que se torna revogável, isto é, extingue-se, quando verificada a condição resolutiva.³²

Sérgio Eduardo Martinez, em seus ensinamentos, demonstra a aplicabilidade da propriedade resolúvel no contrato de alienação fiduciária, como segue:

³⁰ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 53.

³¹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 mar. 2011.

³² DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 55.

Na forma da Lei 9.514/97, a condição resolutiva é o pagamento da dívida pelo fiduciante, de modo que, efetivado o pagamento, extingue-se a propriedade do fiduciário, sendo este obrigado a viabilizar, em trinta dias, a recuperação da propriedade plena pelo fiduciante, sob pena de multa de 0,5% ao mês (ou fração) sobre o valor do contrato (art. 25, § 1º), enquanto que, de outra parte, frustrada a condição, pelo não pagamento da dívida, consolida-se a propriedade plena no fiduciário (art. 26, § 7º).³³

Vale, no entanto ressaltar as diferenças existentes entre a propriedade resolúvel prevista na Lei 9.514 e a do Código Civil. A condição resolutiva no caso da alienação fiduciária de imóveis, não é mera cláusula contratual, em que as partes estipulam, mas sim elemento integrante da estrutura deste instrumento, inserida obrigatoriamente por força de lei.

Nesta modalidade contratual, o fiduciário, não pode utilizar das faculdades inerentes a propriedade como usar, gozar, pois neste caso o devedor (fiduciante), possui a posse direta do bem, podendo este usar das faculdades citadas.

Por fim a propriedade fiduciária somente é transmissível a terceiros, não podendo o credor tê-la pra si, devendo este com o inadimplemento da dívida promover a alienação do bem, nos termos da lei.³⁴

2.2 Sujeitos

Em relação aos sujeitos que figuram na alienação fiduciária de imóveis, temos o devedor-fiduciante, que busca o crédito através da transmissão da propriedade em garantia, por outro lado, temos o credor – fiduciário, aquele que concede o crédito ao primeiro, recebendo como garantia a propriedade imóvel.

Tendo em vista os princípios gerais dos contratos, as partes devem possuir capacidade jurídica para contratar, com preceitua Melhim Namem Challub:

³³ MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006, p. 40.

³⁴ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 55.

[...] 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, subseqüentemente, 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 par terceiros, pois, tendo a propriedade fiduciária consolidada em seu nome, a alienará para satisfação do seu crédito.³⁵

Além da capacidade jurídica das partes, estas devem possuir legitimidade, que ao contrário da Lei de Mercado de Capitais, que ao instituir a alienação fiduciária de bens móveis, limitou as operações as instituições que integram o mercado de capitais.³⁶ A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis atribuiu legitimidade a qualquer pessoa, como demonstra Melhim Nanem Challub:

Quanto à legitimidade, a Lei 9.514/97 autoriza a contratação da alienação fiduciária de maneira generalizada, atribuindo legitimidade para contratação dessa alienação a qualquer pessoa, quer física, quer jurídica, sem qualquer restrição (art. 22). Com a generalização, o legislador deixa clara sua intenção de dotar o setor imobiliário, em toda a sua amplitude, de importante instrumento de dinamização de suas atividades, sobretudo mediante funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários.³⁷

Neste sentido, torna-se clara a intenção do legislador em promover e facilitar a aquisição de propriedade imóvel através desta modalidade de direito real.

2.3 Objeto e forma de contrato

A alienação fiduciária prevista na Lei 9.514/97 tem como objeto a coisa imóvel³⁸, tal como circunstanciado no artigo 22, do referido dispositivo legal.

³⁵ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 226.

³⁶ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 55.

³⁷ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 228.

³⁸ Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente [BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República – Casa Civil –

Este artigo sofreu no transcorrer dos anos algumas alterações, pois em sua redação original dizia que seria objeto da alienação fiduciária apenas o imóvel concluído ou em construção, retirando desta forma a admissão daqueles que não possuam nenhuma construção (terrenos). A redação atual do referido artigo se deu através da edição da Lei 11.481/07³⁹.

Neste sentido temos a lição de Melhim Namem Challub:

Assim, podem ser objeto de alienação fiduciária quaisquer bens imóveis, sejam terrenos, com ou sem acessões, o domínio útil de imóveis ou a propriedade superficiária, bem como o direito de uso especial para fins de moradia e o direito real de uso, desde suscetível de alienação, ressalvado que a propriedade fiduciária sobre o direito real de uso e sobre a propriedade superficiária tem duração limitada ao prazo da respectiva concessão.⁴⁰

A fração ideal de terreno, também é admitida como objeto desta modalidade contratual, visto que o objetivo de tal dispositivo é fomentar o mercado imobiliário, deixando desta forma, mais atraente para o mercado da construção civil.

No que tange a forma, a lei prevê que deve ser realizado de forma escrita, para que possa constituir como prova, podendo ser público ou particular e sua transmissão somente é efetivada gerando efeitos frente a terceiros, quando este é registrado em sua Matrícula Imobiliária.

[...] é o modo pelo qual se exterioriza a vontade das partes. Exigência da lei é a exteriorização por instrumento escrito, particular ou público, conforme a hipótese. Mister se focalize o ato que efetiva o negócio, qual o registro e

Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 mar. 2011.]

³⁹ BRASIL. Lei. 11.481 de 31 de Maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis n^{os} 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis n^{os} 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm. acesso em: 04 abr. 2011.

⁴⁰ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 231.

sua conseqüente publicidade, com todas as implicações formais no Registro de Imóveis.⁴¹

No tocante aos requisitos a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, diferiu da sua antecessora, ao inserir ao rol a obrigatoriedade de novos requisitos, como dispõe o seu artigo 24:

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

I - o valor do principal da dívida;

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

III - a taxa de juros e os encargos incidentes;

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

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

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

VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.⁴² (grifos nossos)

Tendo em vista a hipótese mais comum, que é a aquisição da propriedade através de financiamento, neste deverão estar presentes três partes, o vendedor, o comprador e financiadora (que será a proprietária fiduciária do bem). De igual forma, o contrato deverá conter a cláusula de constituição de propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel e a indicação do título e modo de aquisição.⁴³

Por fim, deverá estar definido o prazo de carência, para a expedição da purgação da mora, não estando este expresso o fiduciante não será devidamente constituído em mora.⁴⁴

⁴¹ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 62.

⁴² BRASIL. Lei 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. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm. Acesso em: 30 mar. 2011.

⁴³ MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006, p. 50.

⁴⁴ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 237.

2.4 Direitos e obrigações do fiduciante

Ao ser registrado o contrato no respectivo cartório de registro, o fiduciante assume direitos e contrai automaticamente obrigações, como demonstraremos a seguir.⁴⁵

O devedor fiduciante, possui o direito a ter a posse direta da coisa alienada, possuindo assim, em nome do adquirente e conservando em seu poder com as obrigações de depositário.

Ao ter concluído o pagamento da dívida, haver a restituição do bem, além da possibilidade de reivindicar a coisa, quando este houver pago o débito, e o fiduciário se recusar a entregar a coisa. Neste sentido possui também a opção de intentar com ação de consignação em pagamento, se o credor recusar em receber ou dar a quitação.

Por fim, além dos direitos citados, possui este a possibilidade de transmitir todos estes que ele seja titular, sobre o imóvel objeto do contrato.⁴⁶

Como mencionado, o fiduciante contrai obrigações, dentre elas, podemos destacar como a mais importante, a solvência da dívida e seus acessórios, pagando todas as prestações contraídas ao assinar o contrato.

Deve comprometer-se em zelar pela integridade física do bem alienado e defender a posse, através dos instrumentos disponíveis, como os interditos possessórios.

Desta forma, deve entregar o bem na hipótese de inadimplemento, sujeitando-se às penas imposta ao depositário infiel.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REINTEGRAÇÃO DE POSSE - COMPRA E VENDA - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - LEI 9.514/97 - LIMINAR - REQUISITOS - DEFERIMENTO. Estando satisfeitos todos os requisitos dos artigos 26 e 27 da LEI nº 9.514/97, afigura-se possível a concessão da **reintegração liminar do credor fiduciário na posse do imóvel**, nos exatos termos do art. 30 do mencionado texto legal,

⁴⁵ *Ibidem*, p. 239.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 552.

determinando ao devedor fiduciante a desocupação do imóvel em sessenta dias. (grifos nossos)⁴⁷

Finalmente, o fiduciante permanece obrigado, pelo pagamento dos impostos e quaisquer outros encargos que venham a recair sobre o imóvel, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse.

2.5 Direitos e obrigações do fiduciário

Ao fiduciário são atribuídos os direitos como ser proprietário com posse indireta independente de tradição, reivindicar o bem alienado fiduciariamente, requerer a busca e apreensão do bem, propor ação possessória, consolidar a propriedade imobiliária em seu nome se o fiduciante não purga a mora, pedir a reintegração da posse do imóvel e obter a restituição da propriedade alienada fiduciariamente, em caso de insolvência do devedor.⁴⁸

Em relação às obrigações inerentes ao credor fiduciário, Sérgio Eduardo Martinez, descreve:

- a) proporcionar ao alienante o empréstimo a que se obrigou e que está sendo garantido pela propriedade fiduciária;
- b) respeitar a posse e o uso da coisa pelo devedor, enquanto foi adimplente;
- c) fornecer o termo de quitação, após o pagamento da dívida e de seus encargos pelo devedor (art. 25), para possibilitar o cancelamento da propriedade fiduciária;
- d) promover a execução do contrato em estrita obediência ao que nele estiver estipulado para o caso de inadimplência do devedor, sobretudo da oferta em público leilão com o procedimento previsto no art. 27;

⁴⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 2587921-24.2005.8.13.0702/MG, Relator Desembargador José Flavio de Almeida, julgamento em 10 de Maio de 2006. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=702&ano=5&txt_proceso=258792&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=lei9514&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=. Acesso em: 05 abr 2011.

⁴⁸ BRASIL. Lei 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. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm. Acesso em: 30 mar. 2011.

- e) entregar ao devedor fiduciante a importância que eventualmente sobejar no caso de execução do contrato e após cinco dias da venda do imóvel em leilão, abatidos os valores explicitados no § 4.º do art. 27;
- f) outorgar a quitação da dívida ao devedor em caso de inexistência de licitante, no segundo leilão, que ofereça valor igual ou superior à dívida mais as despesas, prêmios de seguro; encargos legais – inclusive tributos, assim como as contribuições condominiais, hipótese em que estará extinta a obrigação do devedor;
- g) pagar a multa pelo atraso no cumprimento da outorga do termo de quitação, após o decurso do prazo de 30 dias.⁴⁹

Tendo em vista as considerações traçadas acima quanto aos direitos e obrigações do fiduciante e fiduciário, demonstra de forma clara a natureza bilateral deste contrato.

2.6 Execução do contrato

Um dos principais direitos atribuídos ao credor é o de promover a execução extrajudicial do contrato, reavendo a coisa dada em garantia e a vendendo-a para satisfazer seu crédito. O surgimento do referido procedimento não tem sua origem no Sistema Financeiro de Habitação, pois este já estava previsto em diplomas como Legislação dos Armazéns Gerais, Código Comercial e na Antiga Lei de Falências.⁵⁰

Levando em consideração a execução extrajudicial nos contratos de alienação fiduciária de imóveis, o procedimento deve ser realizado perante o Ofício de Registro de Imóveis, sendo, portanto um procedimento administrativo extrajudicial.⁵¹

No entanto, para que o credor satisfaça tal direito deve respeitar o processo imposto pelo artigo 26 e seus parágrafos.

⁴⁹ MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006, p. 62.

⁵⁰ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 126.

⁵¹ MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006, p.67.

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.⁵² (grifos nossos)

Para que o contrato possa ser executado, tendo em vista a inadimplência por parte do fiduciante, deverá o credor constituir devidamente aquele em mora, através de intimação requerida ao oficial do Cartório de Registro. Em relação a esta intimação afirma Melhim Namem Challub:

[...] a interpelação ao devedor é ato de vontade destinado apenas a dar ciência, porquanto os efeitos da mora decorrem do inadimplemento, não tendo a interpelação a função de suscitar os efeitos da mora, pois esta já terá ocorrido. No caso específico da alienação fiduciária de bem imóvel, os termos do § 1.º do art. 26 da Lei n.º 9.514/97 tornam exigível a prova da mora para efeito de consolidação da propriedade, postergando a data da constituição em mora para a data da sua comprovação.⁵³

Sendo este procedimento extrajudicial, fica a cargo do credor a elaboração da referida carta de intimação, responsabilizando-se pelo conteúdo contido nesta e a veracidade do débito⁵⁴. Esta deverá essencialmente, conter demonstrativo das parcelas vencidas, devidamente atualizado e todos os acréscimos a ela inerentes.

Devidamente intimado o devedor, surgem duas distintas possibilidades. A primeira trata-se, da quitação do débito reclamado e todas as suas consequências, devendo nesta hipótese o oficial nos três dias subsequentes, entregar ao credor a

⁵² BRASIL. Lei 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. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm. Acesso em: 30 mar. 2011.

⁵³ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 249.

⁵⁴ MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006, p. 68.

purgação da mora, as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.⁵⁵

A segunda, no entanto, a mais controvertida ocorre quando, decorrido o prazo de quinze dias e não satisfeita a obrigação, deve o oficial certificar o ocorrido na matrícula, possibilitando assim ao credor a consolidação da propriedade em seu nome⁵⁶, devendo ainda, o fiduciário comprovar o pagamento do imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI).

Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:
II – a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, **exceto os direitos reais de garantia;**⁵⁷ (grifos nossos)

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
II – transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, **exceto os de garantia,** bem como cessão de direitos a sua aquisição;⁵⁸ (grifos nossos)

Vale neste ponto salientar, como ocorre a incidência deste, na hipótese de transmissão, visto que o conteúdo constitucional e o disciplinado no Código Tributário Brasileiro trazem a exceção aos imóveis dados em garantia. Para isto, torna-se necessário a apresentação dos ensinamentos de Melhim Nanem Challub:

A consolidação da propriedade em nome do fiduciário é evento que caracteriza a hipótese de incidência do imposto de transmissão inter vivos, pois até então o credor-fiduciário é proprietário fiduciário do bem, cumprindo essa propriedade fiduciária função de garantia, enquanto pendente a condição a que está subordinada.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 558.

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. ed. v. 5. atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 608.

⁵⁷ BRASIL. Lei 5.172, de 25 de Outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui norma gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 18 abr. 2010. Acesso em: 07 de abr. de 2011.

⁵⁸ BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 07 de abr de 2011.

Assim, o ITBI só se tornará exigível na transmissão para o fiduciário, por efeito do contrato de alienação fiduciária, no momento em que vier a se verificar a consolidação da propriedade em seu nome.⁵⁹

Devidamente recolhido o imposto pelo fiduciário, este através de requerimento ao oficial do cartório, faz anexar a via original da intimação ao devedor da consolidação da propriedade.

Posteriormente a consolidação da propriedade, recai sobre o credor a obrigação de realizar através de oferta pública a venda do bem, em duas oportunidades consecutivas, como descreve Frederico Henrique Viegas de Lima:

Uma vez registrada a consolidação da propriedade fiduciária, tendo como novo titular o credor fiduciário, desaparece a propriedade resolúvel com escopo de garantia. Porém, esta nova propriedade, recém adquirida pelo credor fiduciário não é propriedade plena. Isto porque o poder do credor não é ilimitado como em geral ocorre nesta forma de propriedade, já que tem ele a obrigação de, no prazo de trinta dias contados da data do registro da consolidação, de aliená-lo para satisfazer o seu crédito.⁶⁰

A promoção da realização do leilão público deve acontecer 30 dias após a consolidação da propriedade, devendo ser respeitado os princípios que regem a matéria, consagrados no Código de Processo Civil⁶¹. O dispositivo legal referente a alienação fiduciária em garantia, prevê que os procedimentos necessários para a realização do leilão devem estar devidamente previsto no contrato⁶². Neste sentido Melhim Nanem Chalhub enumera a título exemplificativo alguns procedimentos:

- 1.o primeiro leilão realizar-se-á no prazo de trinta dias da data da consolidação da propriedade;
- 2.o segundo leilão realizar-se-á no prazo de quinze dias da realização do primeiro;

⁵⁹ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 262.

⁶⁰ VIEGAS DE LIMA, Frederico Henrique *apud* MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006, p. 71.

⁶¹ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>. Acesso em: 07 de abr. 2011.

⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. ed. v. 5. atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 608.

3. no primeiro leilão, o valor de referencia para a venda do imóvel há de ser aquele que, na forma do art. 24, VI, tiverem as partes indicados no contrato para efeito de venda em público leilão, enquanto no segundo leilão o imóvel será colocado pelo valor da dívida e encargos;

4. o anúncio dos leilões deverá ser feito por edital publicado por três vezes, com antecedência de pelo menos dez dias da data designada para o leilão, sendo a última publicação no dia da realização do leilão.

5. para cálculo do valor da dívida, como referencial para o segundo leilão, deverão ser considerados os encargos, contribuições e despesas como: condomínio, contribuições de associações de moradores, água e esgoto, contas de luz e gás, imposto predial e a taxa de ocupação de 1% do valor do imóvel.⁶³

Não sendo atingido o valor mínimo para a venda no primeiro leilão, proceder-se-á o segundo quinze dias após, onde *“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”*.⁶⁴

Todo este procedimento visa facilitar a satisfação da obrigação, aumentando assim a oferta e a facilidade em adquirir imóveis. No entanto tais procedimentos tem tido sua constitucionalidade questionada em tribunais, como veremos no terceiro capítulo deste estudo.

2.7 Cessão do Contrato

O dispositivo que introduziu o Sistema Financeiro de Imobiliário, fez surgir a possibilidade de cessão fiduciária de direitos creditórios, como um dos meios para o financiamento de empreendimentos imobiliários.⁶⁵ Essa autorização, como abordar Silvio de Salvo Venosa: *“trata-se de típica cessão do crédito objeto da alienação*

⁶³ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 262.

⁶⁴ BRASIL. Lei 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. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm. Acesso em: 30 mar. 2011.

⁶⁵ 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. [BRASIL. Lei 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. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm. Acesso em: 30 mar. 2011.]

*fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia.*⁶⁶

A cessão fiduciária de direitos creditórios é o contrato pelo qual uma das partes (cedente fiduciário) cede a titularidade de direitos creditórios a outra (cessionário fiduciário), em garantia do cumprimento de obrigações assumidas pelo primeiro. Os deveres do cedente (cedidos) devem pagar suas obrigações diretamente ao cessionário, cuja titularidade se resolve quando esses pagamentos importarem a integral satisfação de seu crédito.⁶⁷

A cessão de crédito pode ser praticada tanto pelo credor fiduciário, como por parte do devedor fiduciante, desta forma sub-rogando o cessionário nos direitos e obrigações do contrato.⁶⁸

No tocante a cessão do crédito por parte do credor, deve ser observada a natureza diferenciada da propriedade fiduciária, pois o fiduciário ao receber o imóvel em garantia torna-se proprietário do imóvel dado em garantia, sendo titular do domínio deste, sob condição resolutiva, desta forma passando o cessionário a assumir tal situação.⁶⁹

No entanto, para que a cessão seja efetivada, esta deve ser devidamente averbada na respectiva matrícula do Registro de Imóveis, passando somente após este procedimento, a conter validade contra terceiros e perante o fiduciante, no qual estará legitimado a exercer todos os direitos inerentes ao fiduciário original.⁷⁰

A cessão de crédito pelo devedor fiduciante, ocorre sob a anuência⁷¹ expressa do fiduciário, passando nesta hipótese o cessionário a substituir o cedente na relação contratual, passando a figurar como devedor, sub-rogando em todos os direitos e obrigações originários, passando a ser titular do direito expectativo.

⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. ed. v. 5. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 567.

⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 3 ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 267.

⁶⁸ Consagra o princípio pelo qual o acessório segue o principal, tal qual a regra do art. 287 do Código Civil. [MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006, p. 76.]

⁶⁹ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 73.

⁷⁰ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 243.

⁷¹ A cessão da posição sem a anuência do credor fica com os efeitos limitados ao cedente e o cessionário com desvantagem ao cessionário em relação aos direitos que poderia exigir do credor fiduciário. [MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006, p. 76.]

Para que esta possua eficácia deve ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis, sendo ali consignado o nome do novo titular do direito de aquisição da propriedade.

Na hipótese de cessão da propriedade fiduciária, independente se do fiduciário ou do fiduciante, não constitui incidência de imposto de transmissão *inter vivos*, pois não configura nenhuma das hipóteses previstas no artigo 156, II, da Constituição.⁷²

⁷² Art. 156, inciso II [BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 07 de abr de 2011.]

CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIDADE DOS PROCEDIMENTOS DE EXECUÇÃO E COBRAÇA PREVISTOS NA LEI 9.514/97

3.1 Procedimentos executórios em face do Código de Defesa do Consumidor

O estudo sobre a execução extrajudicial nos contratos de alienação fiduciária traz a tona algumas polêmicas. Dentre elas se destaca o confronto existente entre a Lei 9.514/97 e o artigo 53 da Lei 8.078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor. Que trouxe importantes mecanismos que possibilitam a manutenção do equilíbrio nas relações de consumo, conferindo a esta, tutela diferenciada ao consumidor, se baseando nos princípios da equidade e boa-fé.⁷³

O confronto acima mencionado surge quanto à incidência do referido artigo da Lei 8.078/90, em relação ao procedimento de execução e cobrança, no que trata a possibilidade de consolidação da propriedade em nome do credor, sendo este levado o bem a leilão, onde *“se o lance oferecido for superior à dívida e acessórios ou acrescidos, a diferença caberá ao devedor, porém, sendo o lance inferior à dívida e demais encargos, o credor haverá de arcar com o prejuízo.”*⁷⁴

O artigo 53 estabelece:

Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.⁷⁵

⁷³ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 300.

⁷⁴ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 105.

⁷⁵ BRASIL. Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 12 de abr. 2011.

Tendo em vista o artigo citado, o devedor ao deixar de cumprir com o adimplemento do contrato, consolidada a propriedade em nome do fiduciário com obrigatória alienação em leilão público, deverá o credor devolver a quantia paga pelo fiduciante. Tal conclusão não é admitida pela doutrina e jurisprudência dominante, levando em consideração os fundamentos e argumentos que seguem.⁷⁶

A Lei de Introdução ao Código Civil, preceitua em seu artigo 2º, sobre a vigência de determinada lei, no surgimento de uma posterior como prevê:

Art. 2.º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1.º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.⁷⁷

O artigo citado demonstra duas importantes formas de extinção de antimonias, prevista no ordenamento brasileiro. Podendo ser temporal ou pela premissa de que a lei específica deve prevalecer em caso de conflitos de normas sobre a lei geral.⁷⁸ Tendo em vista parecer elaborado por Melhim Namem Challub:

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 conseqüências 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, hão 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.⁷⁹

⁷⁶ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 106.

⁷⁷ BRASIL. Lei 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 12 abr. 2011.

⁷⁸ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 106.

⁷⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária e direito do consumidor**. Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança. Disponível em: http://www.abecip.org.br/imagens/conteudo/publicacoes_e_artigos/alienacao_fiduciaria_e_direitos_do_consumidor.pdf. Acesso em: 12 abr. 2011.

Diversos doutrinadores se posicionaram quanto à inaplicabilidade do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, inclusive Marcelo Terra:

Ainda que, como argumentação, se queira analisar a incidência da regra do citado art. 53, 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, do 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.⁸⁰

A discussão quanto a aplicabilidade do citado artigo, foi objeto de manifestação do Superior Tribunal de Justiça, por meio de julgamento de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento, pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 53, DO CDC. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. PREVALÊNCIA DAS REGRAS CONTIDAS NO ART. 27, §§4º, 5º e 6º, DA LEI Nº 9.514/97. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

DECISÃO

"(...)

Considerando, assim, o conteúdo e a finalidade das normas em questão, cotejando-se as disposições do art. 27 da Lei nº 9.514/97 com as do art. 53 do CDC, pode-se concluir pela inaplicabilidade deste último à alienação fiduciária de imóveis, porque o regime especial dessa garantia já contempla a tutela do devedor, e o faz de maneira específica, com rigorosa adequação à estrutura e função dessa garantia e do contrato de mútuo, pelo qual o devedor deve restituir integralmente a quantia tomada por empréstimo, enquanto o art. 53 do CDC apenas enuncia um princípio geral ao qual o art. 27 da Lei nº 9.514/97 se adequa perfeitamente "(in Negócio Fiduciário. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, página 335).⁸¹

Por fim, tendo em vista os argumentos acima mencionados, pode-se concluir que o artigo 53 da Lei 8.078/90 é inaplicável na hipótese de execução extrajudicial

⁸⁰ TERRA, Marcelo apud MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006, p. 104.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 932750/SP, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 08 de Fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=aliena%E7%E3o+fiduciaria+de+imoveis&&b=D TXT&p=true&t=&l=10&i=58>. Acesso em: 13 abr. 2011.

de imóveis adquiridos através de alienação fiduciária em garantia, visto que esta última trata sobre o tema de forma específica⁸².

3.2 Constitucionalidade dos meios de resolução da garantia fiduciária

A Lei 9.514/97 surgiu com a finalidade de fomentar o mercado imobiliário, facilitando a oferta de crédito através da implantação de mecanismos especiais para a realização da garantia. Dentre estes mecanismos, surge a possibilidade de aplicação do procedimento de execução extrajudicial, nesta modalidade contratual.⁸³

O referido procedimento, logo após o início de sua vigência, foi comparado com o método previsto no Decreto-lei 70/66 que autorizou o funcionamento de associações de empréstimo e instituiu a cédula hipotecária.⁸⁴

Mesmo com a adequação ao procedimento já existente, a execução e cobrança tratada pela lei 9.514/97, tiveram sua constitucionalidade questionada, devido entendimento de determinada corrente doutrinária e jurisprudencial que acredita estar estes eivados de vício de inconstitucionalidade⁸⁵, pois ferem princípios consagrados pela Constituição de 1988.⁸⁶

Tal corrente, na qual pertence Ernande Fidélis dos Santos, alega que o princípio do devido processo legal, da função social da propriedade, do contraditório e da ampla defesa não são respeitados, como demonstra seu posicionamento abaixo:

⁸² DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 307.

⁸³ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 346.

⁸⁴ BRASIL. Decreto-lei 70, de 21 de Novembro de 1966. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0070-66.htm>. Acesso em: 12 abr. 2011.

⁸⁵ Sendo a lei inconstitucional editada após a Constituição, o autor a reputa nula, existente porém não válida, competindo ao Judiciário declará-la não aplicável ao caso julgado e dependendo sua suspensão ou interrupção de vigência, de ato do Senado Federal. DE MIRANDA, Pontes *apud* MAIRINK, Carlos Henrique Passos. **Alienação Fiduciária de bens imóveis**. Dissertação Mestrado. Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2009. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/carlos%20henriquepassosmairinkalienacaofiduciariabensimoveis.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2011.

⁸⁶ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 307.

Nos termos do § 7.º do mesmo art. 26, transcorrido o prazo, sem a purgação da mora, o oficial competente do Registro de Imóveis certificaria o fato, e, recolhido pelo credor fiduciante imposto de transmissão, se já não se pagou, faria o devido registro na matrícula respectiva, declarando consolidada a propriedade no credor fiduciário. É evidente que tal preceito está eivado de inconstitucionalidade, já que atribui à autoridade administrativa função eminentemente jurisdicional. As consequências contratuais e a consolidação da propriedade em desacordo, ainda que eventuais, configuram autêntico litígio, cuja solução, se não houver a autocomposição, é da competência exclusiva do Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, da CF), feridos ainda o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (incs. LIV e LV).⁸⁷

No mesmo sentido interpretou a juíza do Tribunal Regional Federal da 3ª região – São Paulo, Suzana Camargo ao julgar o Agravo de Instrumento 45836, publicado pela Revista TRF:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, JUIZ NATURAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. ARTS. 31 A 38 DO DEC.-LEI 70/66 NÃO FORAM RECEPCIONADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IMPOSSIBILIDADE DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL.

1 — A execução extrajudicial prevista no Dec.-lei 70/1966 não se amolda às garantias oriundas do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, constantes do texto constitucional em vigor, pois é o próprio credor que realiza a execussão do bem, subtraindo o monopólio da jurisdição do Estado, quando deveria ser realizada somente perante um magistrado constitucionalmente investido na função jurisdicional, competente para o litígio e imparcial na decisão da causa.

2 — Arts. 31 a 38 do Dec.-lei 70/1966 não recepcionados pela Constituição Federal de 1988, face os princípios insculpidos no art. 5.º, XXXV, LIII, LIV e LV, a determinar seja mantida a decisão que determinou a sustação do leilão extrajudicial designado em sede de execução extrajudicial.⁸⁸

Demonstrado os fundamentos basilares da corrente que prega pela inconstitucionalidade do procedimento executório do Decreto-lei 70/66, mencionado no julgado acima e, analogicamente a Lei 9.514/97⁸⁹, torna-se pertinente a

⁸⁷ DOS SANTOS, Ernane Fidélis *apud* MARTINEZ, Sérgio Eduardo. **Alienação Fiduciária de Imóveis**. Porto Alegre: Norton Editor, 2006, p. 90.

⁸⁸ SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal 3ª região – São Paulo. Agravo de Instrumento nº 45836, Juíza Suzana Camargo, julgamento 04 de Agosto de 1995. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>. Acesso em: 14 abr. 2011.

⁸⁹ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 122.

apresentação do entendimento contrário, que defende a aplicação da execução extrajudicial, afirmando ser ela constitucional.

Como sabido a execução extrajudicial tem início a partir da constituição do devedor em mora, ou seja, no momento que é dado a ele ciência, através de notificação feita pelo oficial do Cartório de Registro de Imóveis⁹⁰.

Estando devidamente notificado sobre a execução, o devedor possui a sua disposição mecanismo judiciais de resposta, como a antecipação de tutela prevista no Código de Processo Civil:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou:
II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.⁹¹

Tendo em vista, o citado artigo, fica claro que o acesso ao judiciário não é suprimido e a execução extrajudicial não entra em confronto com o princípio do contraditório. Desta forma Marcelo Terra, sustenta os argumentos favoráveis a constitucionalidade de tais procedimentos:

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 a direito’ (art. 5.º, inciso XXXV) e de que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5.º, inciso LIV).⁹²

⁹⁰ Idem, p. 124.

⁹¹ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>. Acesso em: 07 de abr. 2011.

⁹² TERRA, Marcelo apud DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 140.

A jurisprudência tem julgado de forma majoritária, pela aplicabilidade deste procedimento, afirmando que não há presença de vício de inconstitucional, como demonstra a ementa a seguir:

"Alienação fiduciária de imóvel. Lei n. 9.514/97. Ação de reintegração de posse. Consolidação da propriedade. Inteligência dos artigos 26 e 30. Inconstitucionalidade. Inocorrência. Código de Defesa do Consumidor." "Observando-se, com rigor, os artigos 22 a 30 da Lei n. 9.514/97 e consolidada a propriedade fiduciária em nome do credor, assegura-lhe a lei o direito à concessão liminar da reintegração de posse do imóvel, que deverá ser desocupado no prazo de sessenta dias. A previsão de leilão extrajudicial e consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor por ato do registrador imobiliário não afronta a Constituição Federal, já que o acesso ao Judiciário, a ampla defesa e o contraditório continuam assegurados ao devedor que se sentir prejudicado.⁹³

Além de todos os argumentos acima mencionados torna-se imperioso a apresentação do entendimento de Melhim Namem Challub, marco teórico do presente estudo, no qual comenta sobre a constitucionalidade dos meios executórios extrajudiciais de realização da garantia.

A consolidação da propriedade e o leilão, em si, não significam desapossamento de bens do devedor sem o devido processo legal, seja porque o imóvel não é do devedor, mas, sim, do credor, tendo o devedor direito à percepção do saldo que se obtiver na venda, ou porque essa consolidação e o leilão se fazem com a natureza específica do direito real em questão.

(...)

Os meios especiais de realização de garantias visam dotar o ordenamento de mecanismos capazes de propiciar rápida recomposição de situações de mora, em prazos compatíveis com as necessidades de manutenção do fluxo de retorno dos empréstimos, com vistas ao interesse coletivo de permanente oferta de crédito, pois os meios tradicionais 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. Ora, a oferta de crédito, elemento popular da atividade produtiva em geral, depende de mecanismos capazes de imprimir eficácia e rapidez nos processos de recuperação dos créditos. Os mecanismos adotados pelas normas especiais que disciplinam esses procedimentos se ajustam a essas necessidades, harmonizando o interesse

⁹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 880.879-0/2, Relator Desembargador Pereira Calças, julgamento em 27 de Janeiro de 2005. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 05 abr 2011.

coletivo da oferta de crédito com as garantias individuais emanadas da Constituição.⁹⁴

Levando em consideração os dispositivos legais, os posicionamentos doutrinários e as jurisprudências apresentadas, fica nítido que o procedimento de execução extrajudicial contido na Lei 9.514/97 não infringe nenhum princípio, nem fere direito algum, tendo em vista que sempre que houver ameaça ou lesão a direito o devedor poderá recorrer ao Judiciário.⁹⁵

Desta forma, fica demonstrada a constitucionalidade dos referidos procedimentos, devendo este entendimento ser pacificado pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista a segurança jurídica dos inúmeros mutuários, que tiveram acesso ao direito de moradia, através do procedimento de alienação fiduciária de bens imóveis.

⁹⁴ CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 318-321.

⁹⁵ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 130.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alienação fiduciária de crédito foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, visando fomentar o mercado imobiliário, facilitando desta forma o crédito para aquisição de imóveis, que são dados em garantia real.

O dispositivo legal que inseriu essa abertura contratual, foi a Lei 9.514/97 que objetivando o fomento ao comércio de imóveis, possibilitou que pessoas jurídicas e físicas independentemente participem do Sistema Financeiro Imobiliário, contratem livremente, visando assim amenizar o déficit habitacional existente em nosso país.

Esta modalidade contratual prevê ainda a facilidade do credor de ter seu crédito ressarcido em caso de inadimplência do fiduciante, através de procedimentos especiais de execução e cobrança extrajudicial, feita pelo Cartório de Registro de Imóveis, evitando assim que as partes demandem na esfera judicial pela resolução do contrato, que tornaria tal procedimento moroso e inviável.

O este procedimento deriva-se de um simples processo que inicia-se com a constituição em mora e finda-se na possibilidade de purgação da mora ou na realização da execução extrajudicial, através de leilão público.

No entanto, mesmo tendo ocasionado celeridade a resolução dos contratos, esta modalidade contratual tem sido questionada quanto a sua constitucionalidade, devido a ausência de obrigatoriedade de processo judicial, para que o credor consubstancie em seu nome a propriedade resolúvel.

No tocante a constitucionalidade, duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais com entendimentos conflitantes tem considerado sobre a questão de forma diversa, sendo que uma defende que tal procedimento é eivado de vício, sendo este inconstitucional, enquanto os demais entendem que os dispositivos atendem os preceitos constitucionais e o Código de Defesa do Consumidor.

Aqueles que defendem pela inconstitucionalidade de tais procedimentos, baseiam-se na fundamentação que os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da função social da propriedade são desrespeitados quando o devedor tem a posse do bem retirada de forma extrajudicial.

De forma diversa, a corrente majoritária tem defendido que nenhum princípio constitucional é ferido com tais procedimentos, pois havendo lesão ou ameaça de

lesão a direito do devedor, este poderá a qualquer momento acionar o Poder Judiciário, desta forma preservados os princípios acima referidos.

Por fim, nos posicionamos conforme a segunda corrente, defendendo que tais procedimentos não ferem as previsões constitucionais, além de fomentar e possibilitar o acesso ao direito constitucional de moradia digna. Fundamentando assim, o encerramento desta discussão, pois sua permanência acarreta aos investidores insegurança no momento de contratar, impossibilitando assim que os objetivos almejados por este preceito legal sejam plenamente alcançados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei 70, de 21 de Novembro de 1966. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0070-66.htm>. Acesso em: 12 abr. 2011.

BRASIL. Lei 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 12 abr. 2011.

BRASIL. Lei 4.728, de 14 de Julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4728.htm>. Acesso em: 29 mar. 2011.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui norma gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 18 abr. 2010. Acesso em: 18 abr. 2011.

BRASIL. Decreto-lei 911, de 1º de Outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 29 mar. 2011.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília.

1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>. Acesso em: 07 de abr. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 07 de abr. 2011.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 12 de abr. 2011.

BRASIL. Lei 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. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm. Acesso em: 30 mar. 2011.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. Lei 10.931, de 02 de Agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. Lei. 11.481 de 31 de Maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nºs

9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm. Acesso em: 04 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 932750/SP, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 08 de Fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?livre=aliena%E7%E3o+fiduciaria+de+i+moveis&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=58>. Acesso em: 13 abr. 2011.

CHALHUB, Melhim Namem, **Negócio Fiduciário**. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 3 ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2010.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheros Editores, 2002.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. rev. aum. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Direito Comercial**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAIRINK, Carlos Henrique Passos. Alienação Fiduciária de bens imóveis. Dissertação Mestrado. Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2009. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/carlos%20henriquepassosmairinkalienacaofiduciariabensimoveis.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2011.

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

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 2587921-24.2005.8.13.0702/MG, Relator Desembargador José Flavio de Almeida, julgamento em 10 de Maio de 2006. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=702&ano=5&txt_processo=258792&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=lei9514&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=. Acesso em: 05 abr 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. ed. v. 5. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 880.879-0/2, Relator Desembargador Pereira Calças, julgamento em 27 de Janeiro de 2005. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsgr/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 05 abr 2011.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal 3º região – São Paulo, Agravo de Instrumento nº 45836, Juíza Suzana Camargo, julgamento 04 de Agosto de 1995. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>. Acesso em: 14 abr. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma da execução do título extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Processo Civil**. 41 ed. v. 2. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. ed. v. 5. atual. São Paulo: Atlas, 2004.