

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS COMO GARANTIA DE OPERAÇÕES CREDITÍCIAS

FIDUCIARY SALE OF PROPERTY AS GUARANTEE FOR CREDIT OPERATIONS

Daiany Franco¹

Andréa Grandini José Tessaro²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo tecer considerações acerca do instituto jurídico da alienação fiduciária de imóvel como forma de garantia de operações de crédito, com a indicação dos pressupostos a que se vincula e das vantagens que produz, em especial, à possibilidade de consolidar a propriedade do bem em favor do credor para satisfazer a obrigação do devedor sem a intervenção do Poder Judiciário. Com metodologia bibliográfica, o artigo demonstra como essa modalidade de ônus real garante uma maior celeridade, se comparada às demais.

Palavras-chave: Alienação fiduciária de imóvel. Garantia de pagamento. Operação de crédito. Modalidade de ônus real. Lei 9.514/97.

ABSTRACT

This article aims to make considerations about the legal institution of fiduciary alienation of property as a form of guarantee for credit operations, indicating the assumptions to which it is linked and the advantages it produces, in particular, the possibility of consolidating the property of the asset in favor of the creditor to satisfy the debtor's obligation without the intervention of the Judiciary. Using a bibliographic methodology, the article demonstrates how this type of real burden guarantees greater speed, compared to the others.

Keywords: Fiduciary alienation of property. Payment guarantee. Credit operation. Type of real burden. Law 9,514/97.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discutir o instituto da alienação fiduciária de imóveis, modalidade criada no Brasil pela Lei 9.514/9, por meio do qual as promessas de pagamento oriundas de operações de crédito ficam garantidas por imóvel.

Serão cotejados os fatores inerentes ao processo de constituição e de extinção de tal ônus real, que de acordo com Leitão (2012), constituem o registro e a baixa do gravame lançado no cadastro imobiliário do bem, indicando as circunstâncias positivas que nos remetem ao uso deste meio de crédito,

¹ Bacharel em Direito pela Unisociesc, e-mail daianyfranco2@hotmail

² Doutora e Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade pela Universidade da Região de Joinville (Univille), Oficial de Justiça no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, lotada em Itapoá.

para o que serão sopesados os fatores passíveis de comparação com os demais tipos do grupo das garantias, como por exemplo o custo e o tempo destinado ao trâmite das etapas.

Vale dizer que, apesar da base legal da alienação fiduciária em imóveis corresponder à Lei 9.514/97, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, é importante destacar que o destino do crédito não se destina única e exclusivamente à aquisição do imóvel dado em garantia. Nessa perspectiva, o interesse do legislador superou a expectativa de que o benefício pecuniário gerado pela movimentação financeira ora analisada fosse direcionado apenas para a compra do próprio bem garantidor, vez que a Lei nº 9.514/97 outorga o uso dos recursos para salvaguardar qualquer compromisso com liquidez.

Na prática, o imóvel dado em garantia não sofre qualquer alteração atinente ao uso, permanecendo o devedor na posse mesmo sem deter o direito de propriedade, até que o negócio gerador seja resolvido. A resolução da avença é tida como uma via de mão dupla e se a dívida for quitada, o atual proprietário devolve o bem ao anterior. Caso contrário, ou seja, na hipótese de inadimplemento, nasce para o credor o direito de posse, e a legitimidade para dispor a terceiros.

A metodologia utilizada foi a bibliográfica, consistente em estudos e leitura de doutrinas, legislação e artigos científicos sobre a temática escolhida.

1. LEI 9.514/ 97, GARANTIAS E PECULIARIDADES

Com o advento da Lei 9.514/ 97, a alienação fiduciária com imóvel dado em garantia foi introduzida no grupo das modalidades de operação de crédito hodiernamente existentes.

Os contratos firmados pelo Sistema Financeiro Imobiliário são produzidos em massa em todo o país, enquanto os juros praticados, inclusive em programas sociais de incentivo à moradia, são estabelecidos em plena consonância com os riscos decorrentes da inadimplência e com o tempo estimado para reaver imóveis nessa situação.

De acordo com o BACEN (Banco Central do Brasil), no mês de dezembro do ano de 2022 foram realizadas 2.110 aquisições de imóveis via contrato de hipoteca, ao passo que a alienação fiduciária foi utilizada 59.665 vezes no mesmo período.

Há quem acredite que o nascimento da norma tem como fundamento o interesse de alavancar o poder econômico, o que não deixa de ser errado, mas este não é o único motivo. A confiança é a base da palavra crédito, e disto resulta que o proveito depende de ato discricionário, com resultado incerto, variável e influenciável por diversos fatores pessoais ou não. (Rizado, 2020).

O autor aclara que, em consequência, a exigência de garantia não tem o efeito de substituir o termo confiança, e dar maior eficiência no cumprimento das obrigações assumidas pelo devedor em

face do credor. (Rizado, 2020).

A alienação fiduciária é entendida como o negócio jurídico em que o credor tem o domínio do bem alienado até que o devedor pague a totalidade das parcelas assumidas, sob a condição resolutiva.

De acordo com Miranda (1977, p. 123) “sempre que a transmissão de um bem tem um fim que não é a transmissão, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o da alienação a quem se transmite, há fidúcia ou negócio jurídico”.

O próprio nome revela que a alienação fiduciária não só é um negócio jurídico, e que o propósito da sua composição é externar a manifestação da vontade de transferir e logo em seguida reaver a propriedade de um determinado imóvel. (Bulgarelli, 2000).

Isso significa que o negócio não termina com a alienação, ideia drástica e prematura pelo fato de que o devedor fiduciante deseja retornar ao posto de dono da coisa depois de cumprir integralmente a sua obrigação. Portanto, a figura jurídica criada nos contratos de alienação fiduciária revela que os direitos sobre o bem dado em garantia possuem semelhança com as causas suspensivas do seu exercício, as quais apenas são levantadas ao final da negociação e de acordo com o desfecho da dívida, de modo a impedir a adoção de qualquer providência sem antes definir se ainda existe a figura de credor e devedor.

A presença de dívida vencida e não paga faculta ao credor a consolidação da propriedade a seu favor, simplesmente porque a alienação não é o propósito do contrato fiduciário, já que as partes enunciam claramente a sua vontade de transferir de acordo com o resultado daquele negócio, situação que não configura fraude contra direitos de terceiros. (Rosa Júnior, 2006)

Existe, pois, transparência nos objetivos de ambas as partes, afastando qualquer rumor de simulação para obter vantagem ilícita. Terra (1998, p. 44) defende que a alienação fiduciária

[...] atenua as dificuldades normais encontradas nos tradicionais instrumentos de garantia, oferecendo maior rigor e eficiência na segurança do crédito, principalmente devido ao crescente abalo, pelo Poder Judiciário, ao prestígio da hipoteca como fomentador da garantia do crédito, da rapidez de sua execução e, quanto à eficácia do direito de seqüela e de sua oponibilidade perante terceiros, especialmente nas situações de falência do devedor hipotecante.

Para o autor, o maior proveito do credor fiduciário reside na cautela face à inadimplência do devedor fiduciante não adimplir, caso em que o primeiro poderá exigir que seu crédito e sua garantia guardem privilégio perante os credores quirografários. A transmissão em garantia, nesse aspecto, configura um meio legítimo de coação do devedor, e de outra banda, um acautelamento do credor em face de outros eventuais credores. (Terra, 1998, p. 44)

Desse modo, a alienação fiduciária exerce papel acessório para o fim de proteger o negócio

principal, pelo que após os trâmites administrativos, surgirá a propriedade fiduciária.

Na relação obrigacional, a garantia é o meio jurídico pelo qual se protege o direito subjetivo de uma das partes, impedindo que eventual lesão contra esse direito provoque a inexecução da obrigação pelo devedor.

Em linhas gerais, o principal reflexo das garantias reais é o de separar o patrimônio do devedor e propiciar maior confiança em seus negócios. A partir do momento em que um bem é destinado à segurança do credor, apenas poderá ser afetado pelo pagamento daquela determinada obrigação, possibilitando que o pagamento desta seja feito por meio do bem vinculado ao negócio que visa a satisfação. (Terra, 1998).

É forçoso dizer que o registro do gravame real permanecerá até que ocorra uma das causas de extinção, ou seja, a gravação do bem persiste concomitantemente à existência da garantia, ainda que transferido a terceiro.

Vale ressaltar que, caso a obrigação não seja cumprida integralmente no vencimento, o credor deverá promover a venda do bem e o saldo obtido deve ser destinado ao pagamento do crédito, revertendo ao devedor eventual quantia remanescente.

É oportuno destacar ainda que se o saldo obtido pela venda não satisfizer o interesse do credor, a obrigação do devedor em relação ao restante permanecerá, a diferença é que agora não mais existe uma garantia.

O Código Civil define como princípios das garantias a especialidade, a indivisibilidade e a acessoriedade, e prevê como sendo os benefícios trazidos ao credor, a preferência ou prioridade em relação àquele bem, além dos direitos de excussão, sequela, retenção, bem como a proibição do pacto comissório.

O princípio da especialidade decorre do vínculo entre a garantia, patrimônio do devedor e a dívida, através do qual a proteção tem motivo específico e pessoas determinadas. (Pereira, 2022).

A formação da garantia pressupõe a existência de negócio com informação de dados pessoais que permitam a identificação do crédito, prazo para quitação, valor total que será pago, do contrário não surtirá nenhum efeito. A indivisibilidade, por seu turno, significa que a garantia atinge a totalidade do imóvel, ao passo que a acessoriedade remete à existência de uma obrigação principal, a qual, quando extinta, também abrange a garantia. (Dantzger, 2010).

Neste viés, convém destacar que, conforme foi dito, se o valor da venda não for suficiente para o adimplemento total da dívida, o devedor permanecerá obrigado pelo restante. Destarte, a garantia real é considerada mais eficiente pelo fato de que vincula um bem do devedor ao crédito obtido através do credor, sendo que esta relação é oponível a todos, ou seja, ostenta efeito *erga omnes*. (Restiffe Neto, 2000).

E não seria diferente que, após o surgimento da alienação fiduciária, o instituto da hipoteca

foi cada vez menos usado. Resstiffe Neto (2000) aclara que o credor da alienação fiduciária será sempre exclusivo, vez que não é possível utilizar o imóvel como garantia de duas ou mais pessoas, sob pena de permitir que o devedor obtenha mais empréstimos do que pode pagar e, ao final, acumule um grande número de dívidas, sendo certo que as últimas provavelmente não serão honradas com o saldo da alienação.

Nessa senda, verifica-se que os direitos reais e os direitos pessoais não podem ser tratados como iguais, posto que o primeiro atinge o patrimônio e o segundo diz respeito ao compromisso assumido pela pessoa. Isso significa que apenas o primeiro (real) é exigido independentemente da vontade de terceiros. (Pereira, 2022).

O direito real é exercido e recai sobre a coisa, e também objeto basicamente corpóreo, embora não se afaste a noção de realidade sobre bens imateriais, enquanto o direito obrigacional tem como objeto relações humanas. Sob esse aspecto, embora essa noção deva ser aprimorada, afirma-se ser o direito real absoluto, exclusivo, exercitável erga omnes. Por outro lado, o direito obrigacional é relativo. A prestação é o objeto do direito pessoal ou obrigacional, somente podendo ser exigida do devedor. O direito real caracteriza-se pela inerência ou aderência do titular à coisa. (Venosa, 2022, p. 31).

No mesmo sentido, Donizetti (2021, p. 199) esclarece que

[...] os direitos reais estabelecem-se entre um sujeito e toda a coletividade, vinculando o sujeito ativo a uma coisa (bem corpóreo suscetível de valoração econômica), por meio de um liame direto, imediato; como se vê, o objeto de tal relação jurídica é sempre uma coisa, ou seja, um bem material suscetível de valoração; os direitos reais têm caráter duradouro; são oponíveis erga omnes; geram direito de sequência, que é o direito de perseguir a coisa objeto do direito se ela for subtraída do sujeito.

A possibilidade de oposição desse direito de forma global, aclara Forgioni (2015), é a sua principal vantagem, o que justifica por exemplo, o direito do proprietário de reivindicar a coisa de quem dela se aproprie, bastando que prove ser sua a propriedade, ou seja, o proprietário de um direito real, se impõem perante um terceiro e opõe o seu direito de forma totalmente absoluta.

O direito real sobre coisa alheia, segundo Deda (2000), se divide em direitos de gozo e de garantia, sendo o primeiro conferido ao titular a faculdade de uso, atividade e participação efetiva sobre a coisa, sendo o usufruto, uso, habitação e as servidões positivas. Enquanto ao direito de garantia, está relacionada com uma obrigação, que é atribuída como um direito principal, ainda que a garantia seja acessória, no caso do penhor, por exemplo, parcela de fruição é cedida ao titular da garantia, com a devida transferência da posse do bem.

No que diz respeito aos bens dados em garantia:

[...] bens são coisas materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de

direito. Assim interessam ao direito as coisas suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem e apreciável economicamente, tais como: prédios, semoventes, moedas, etc., pelo que coisa (material ou imaterial) seria espécie do qual o bem é gênero. (Saad, 2001, p. 24).

Portanto, é evidente que ambas as partes são beneficiárias deste tipo de negociação, pois a falta de pagamento é fator importante desde o início e para ela já existe um bem que será alienado para a quitação. Nesse norte, Wald (2001), o acréscimo de confiança é elemento primordial para a escolha deste tipo de contratação, e isso tem proporcionado o aumento de pessoas interessadas na aquisição de bens.

Sendo assim, enquanto de uma banda o devedor está obrigado a pagar as parcelas assumidas no negócio, o credor deverá transferir o bem ao final, do contrário não seria possível dizer que as tratativas foram realizadas sob a premissa da confiança.

O conceito de crédito nada mais é do que recursos provenientes de uma pessoa a outra, as quais estipulam a forma e o prazo para a devolução, que não será imediato e sim futuro.

Com efeito, em se tratando de alienação fiduciária de imóvel, é suficiente dizer que os valores provenientes deste tipo de contratação não necessariamente precisam ser direcionados ao próprio bem dado em garantia. Por outro lado, após a liberação do crédito, o fiduciante passa a ter a posse direta e o fiduciário a posse indireta do imóvel alienado fiduciariamente.

E, somente após o cumprimento integral da avença pelo devedor, será possível afirmar que a propriedade fiduciária do imóvel foi resolvida, e depois disso é que se admite a restituição da mesma ao proprietário originário (devedor), porque nessa hipótese o credor fiduciário, que figurava como titular do gravame na matrícula, não possui legitimidade para criar obstáculo a tal ocorrência. (Chalhub, 2021).

Há quem diga que a propriedade fiduciária se caracteriza por ser resolúvel, ou seja, se o alienante quitar a dívida a propriedade automaticamente se resolve, surgindo para o fiduciário o dever de fornecer a documentação necessária para a baixa do ônus real. (Deda, 2000).

Nesta situação, após o envio do termo de quitação ao Oficial do Registro de Imóveis, o registro em questão será cancelado.

De outra banda, quando se tratar de inadimplemento, para o que é indiferente se total ou parcial, o credor estará autorizado a consolidar a propriedade em definitivo, desde que tenha constituído o devedor em mora.

Com a entrada em vigor da lei da alienação fiduciária de bens imóveis, os empréstimos pecuniários aumentaram por conta da garantia de que senão pelo pagamento, e sim pelo imóvel, o valor retornaria aos cofres do credor.

Em que pese a simplicidade do instituto da alienação fiduciária, a modalidade pressupõe,

da mesma forma como os demais tipos de negociação, que o agente seja capaz, que não seja ilícito o objeto, e por fim que a forma seja prescrita ou não defesa em lei. (Chalhub, 2021).

Além disso, são também exigidos os requisitos de ordem objetiva, subjetiva e formal. No que tange ao requisito objetivo, somente após o advento da lei 9514/97 é que ele foi atendido, eis que a partir daquele momento foi autorizada a alienação fiduciária para bens imóveis, em outras palavras, coisas que podem ser objeto do contrato.

Com relação aos requisitos subjetivos, Deda (2000) explica que são dois: a capacidade e a legitimação. A capacidade significa que o devedor e o credor podem manifestar a vontade de contratar, na forma do Código Civil. Já a legitimidade, ensina Chalhub (2021), é a possibilidade de fazer parte do contrato, seja como credor ou devedor, sendo que art. 22, § 1º, da Lei n. 9.514/97 autoriza tanto a pessoa física como a jurídica, ainda que não integre o SFI - Sistema Financeiro Imobiliário.

Quanto à formalidade, a Lei n. 9.514/97, art. 38, estabelece que os contratantes devem redigir documento escrito, seja escritura pública ou instrumento particular.

Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública. (BRASIL, 1997).

Por fim, a Lei n. 9514/97 estabelece, no art. 24, elementos formais que devem ser observados pelas partes contratantes da alienação fiduciária de bem imóvel, sem os quais não há validade:

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. (BRASIL, 1997).

Então, depois de superadas todas essas premissas, os contratantes estão autorizados a modificar o cadastro imobiliário do imóvel garantidor, incluindo o gravame de natureza real através do registro, ato que compete à serventia extrajudicial, cujo serviço é remunerado pelos emolumentos.

De modo geral, existem aspectos comuns entre as espécies de alienação fiduciária e de propriedade fiduciária.

A fim de facilitar a compreensão, são características comuns a natureza teleologicamente

orientada, o aumento da eficácia através do registro, a constituição da propriedade (e demais formas de titularidade) fiduciária o instrumento constitutivo escrito, público ou particular, e o desdobramento da posse em direta e indireta. (Lima, 1962).

O instituto em debate foi introduzido originalmente em nossa legislação para dar substrato aos contratos de financiamento inicialmente de bens móveis e duráveis, inserindo mais um direito real de garantia, que se une com os demais, é com características próprias.

É certo que, a Lei nº 4.728/65, estruturadora do mercado de capitais, criou o instituto, que ganhou contornos materiais e processuais definitivos com o Decreto-lei nº 911/69, disciplinando a garantia fiduciária se tornando muito útil no mundo negocial. O referido instituto sofreu alterações com a Lei nº 10.931/2004, que teve por finalidade maior criar patrimônio de afetação para incorporações imobiliárias. (PEREIRA, 2015).

O Código Civil estabelece os contornos gerais da matéria de propriedade fiduciária, nos artigos 1.361 a 1.368-B, e até então o legislador não permitia a alienação de bens imóveis, somente de bens móveis, que visava facilitar o crédito ao consumidor. (BRASIL, 2002).

Assim, visando melhores vantagens aos imóveis, surgiu a Lei nº 9.514 de 20/11/1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, instituindo a alienação fiduciária de imóveis, e demais disposições (BRASIL, 1997), e de acordo com Venosa (2022), a alienação fiduciária para bens imóveis possui a mesma concepção material do instituto original, ainda que os aspectos procedimentais sejam diferentes.

Nesse sentido, corrobora-se o art. 22 da Lei 9.514/97, que conceitua a alienação fiduciária como “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 móvel”. (Brasil, 1997).

Inicialmente, caso se trate de bens móveis, o instrumento pode ser público ou particular. Vale consignar que, em se tratando de veículos, o documento deve ser apresentado no Órgão de Trânsito competente. (Amaral Neto, 2011).

Por sua vez, na alienação fiduciária de imóveis, a anotação do gravame é realizada no Ofício de Imóveis, e aqui também o instrumento pode ser público ou particular.

Neste viés, os financiamentos se tornaram mais acessíveis ao público pelo fato de que os custos da transação são reduzidos quando o contrato particular foi aceito com força de escritura pública.

Observa-se que a propriedade fiduciária é formada na ocasião da assinatura do instrumento escrito, porém se torna perfeita e acabada, ou seja, produz efeitos contra terceiros, apenas quando levada a registro. (Silva, 2014).

Em outras palavras, o marco inicial da sua existência é a manifestação de vontade das partes por escrito, ao passo que os reflexos no mundo jurídico estão condicionados ao registro competente do

imóvel dado em garantia.

Convém salientar que, para o credor fiduciário, no caso de insolvência do devedor, a extensão é de suma importância. O desdobramento da posse, segundo Chalhub, (2021), pressupõe a constituição da propriedade fiduciária. O credor fiduciário assume a condição de possuidor indireto do bem, o devedor, por sua vez, é quem detém a posse direta. No caso de financiamento destinado à compra do próprio bem, percebe-se que o adquirente/devedor desde logo poderá ocupá-lo.

São dois os desfechos da alienação fiduciária. Primeiro, a superveniência de inadimplemento resultará na posse plena a favor do credor, o qual poderá executar a garantia e alienar o imóvel. Segundo, ocorrendo o pagamento integral das parcelas, a propriedade fiduciária é resolvida e o credor fica obrigado a entregar ao devedor termo de quitação para que seja possível providenciar o cancelamento do registro lançado na matrícula do bem.

Registra-se que o Código Civil, no art. 1.367, prevê que ao credor fiduciário não compete usar o bem, nem fruir e nem permanecer com ele, devendo, pois, aliená-lo no caso de inadimplemento. (Brasil, 2002).

É por conta disso que os Tribunais têm negado a responsabilidade do credor fiduciário no que tange ao pagamento das despesas da coisa, exceto quando configurada a posse plena. Enquanto não restar configurado o inadimplemento, a propriedade fiduciária produz somente a expectativa de dispor do bem se o devedor não honrar o compromisso assumido. Mas, quando confirmado o descumprimento das parcelas, surge o direito de consolidar a propriedade e de vender/executar o bem. (Amaral Neto, 2011).

O Código Civil veda o pacto comissório (art. 1.365) e obriga o credor vender a coisa a terceiros no caso de inadimplemento (art. 1.364). Da mesma forma, a Lei 9.514/1997, apesar de regulamentar que, quando a mora não for purgada, restará consolidada a propriedade fiduciária do imóvel, mediante averbação no registro competente, dispõe o prazo para realização do leilão extrajudicial. (Brasil, 1997).

Orlando Gomes (2023, p. 357) ensina que “O negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire em ‘confiança’ a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição.”

Na alienação de bem móveis disciplinada pelo Código Civil, em que o credor mantém a propriedade do bem até o final do pagamento do valor financiado, o devedor mantém a posse direta, mas não a propriedade, não tendo a disponibilidade da coisa. Inclusive o art. 1.363, do CC, enfatiza que o alienante fiduciário de coisa móvel, possui o status de depositário do bem, sujeitando aos encargos civis e penais deles decorrentes. (Venosa, 2022).

Portanto, o credor adquire a propriedade resolúvel da coisa alienada, o devedor fiduciário permanece na posse direta do bem, usufruindo-o. Entretanto, importante registrar particularidade do

negócio, em que o bem é transferido para fins de garantia, não confundindo com os direitos reais de garantia do Código Civil, como o penhor, hipoteca e a anticrese, porque nessas o direito real é limitado, enquanto na alienação fiduciária do bem imóvel, opera-se de imediato a transferência do bem ao credor.

Venosa (2022) defende que quem aliena, não grava. O devedor fiduciante entrega o bem ao credor. No penhor e na hipoteca, o credor tem direito real sobre a coisa alheia, enquanto na garantia fiduciária possui direito real sobre a própria coisa.

A alienação fiduciária, assim como qualquer outro negócio jurídico, pressupõe que os agentes sejam capazes, o objeto seja lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei, além de exigir requisitos objetivos e formais.

De acordo com o § 1º do art. 22, da legislação em voga, o fiduciante pode ser pessoa física ou jurídica, é o próprio devedor ou terceira pessoa, que aliena um imóvel ao fiduciário que pode ser instituição financiadora ou não, estando legitimada às práticas do negócio, ainda que não integrantes do Sistema de Financiamento Imobiliário. (Brasil Senado). Os requisitos de ordem objetiva, referem-se às coisas que podem ser objeto do contrato, uma vem que esse artigo versa sobre a alienação fiduciária de bens imóveis, é a Lei nº 9.514/97, que rege e estabelece o bem imóvel como objeto único e específico do contrato. A legislação especial, apresenta no art. 24, os requisitos para a constituição do negócio:

- 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. (Brasil 1997).

Ainda, dos requisitos mais importantes, sem o qual o contrato não tem efeito jurídico, está descrito no §1º do art. 26-A da lei, cuja “consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora [...]”.

No mesmo sentido, a Lei de Registros Públicos nº 6.015/73, no art. 129, 5º, dispõem que os contratos de alienação fiduciária estão sujeitos ao registro para surtir efeitos contra terceiros (Brasil, 1973).

O credor fiduciário, ao receber o imóvel, torna-se seu proprietário fiduciário, passando a ser o titular do domínio sob uma condição resolutiva, uma vez que a propriedade fiduciária resolver-se-á automaticamente e por força de lei, assim que a dívida por ela garantida for integralmente

satisfeita. (Amaral Neto, 2011).

Uma vez regularmente constituída a propriedade fiduciária, por intermédio do registro na matrícula imobiliária, não poderá ser atingida por nenhum outro crédito contra o fiduciante, seja ele de natureza falimentar, trabalhista, fiscal, ou de qualquer outra espécie, pois não pertence mais ao alienante-fiduciante, tendo sido, antes, afetada e removida do seu patrimônio e inserida no patrimônio do credor, ainda que em caráter resolúvel. (Chalhub, 2021).

Por outro lado, a legislação, no art. 28, possibilita a cessão do de crédito, o que implicará na transferência ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária, entretanto a cessão da posição contratual do fiduciante dependerá obrigatoriamente da concordância expressa do credor (art. 29), sendo que a transferência de posse de imóveis e contratos sem a manifestação expressa do credor não terá validade jurídica. (Brasil, 1997).

Uma vez paga a dívida, extingue-se a propriedade fiduciária em face do credor, o qual deverá fornecer, no prazo de trinta dias, a contar da data da liquidação, o termo de quitação, sob pena de multa em favor do devedor, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração sobre o valor do contrato. Somente após esse procedimento o oficial de registro imobiliário, em posse do termo de quitação, efetuará o cancelamento do gravame.

2. EFEITOS PRÁTICOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Um das principais diferenças e vantagem da alienação fiduciária na garantia de bem imóvel, reside no fato que nessa modalidade existe uma maior facilidade na recuperação do crédito em comparação com a hipoteca. A favor da alienação fiduciária de bem imóvel, recai o fato da preferência na execução, uma vez que nessa modalidade não há concurso de credores, diferente da hipoteca, além do fato que a resolução da propriedade independe do processo judicial. (Venosa, 2022).

Se a dívida não for paga, no todo ou em parte, o devedor fiduciante deverá ser constituído em mora para possibilitar que a propriedade seja consolidada em favor do fiduciário. A lei tornou mais simples o processo de consolidação da propriedade, tornando o uso do Poder Judiciário como última saída.

Outro ponto relevante é a dispensa de escritura pública para a concretização da alienação de um imóvel, de modo que a viabilidade de se fazer mediante instrumento particular transmitindo a ideia de um processo simplório e menos burocrático.

A viabilidade de se realizar a alienação fiduciária diretamente no Tabelionato de Notas e Protestos foi uma das principais vantagens deste instituto, pois o torna demasiadamente célere e também reduz os custos da sua concretização.

Tendo em vista que a posse não é totalmente do credor, o devedor pode usufruir do imóvel

enquanto paga as parcelas do financiamento, o que reproduz intensa comodidade.

Por fim, dá-se maior segurança ao credor pelo fato de assumir parcialmente a propriedade do imóvel, situação que protege o negócio em face de eventuais golpes.

O procedimento consiste na intimação do fiduciante, pelo Oficial do Registro de Imóveis para realizar o pagamento do débito, prestações vencidas e vincendas em quinze dias, conforme art. 26, § 1º, incluindo-se os juros, penalidades legais e demais acréscimos previstos em contrato, observado o prazo de carência estabelecido em contrato para expedição de notificação, nos termos do § 2º. (Brasil, 1997).

Normalmente nos planos de financiamento imobiliário, Venosa (2022) explica que é de praxe aguardar um prazo de até três meses para liquidação dos débitos, visando uma resolução mais branda, porém nada impede que a intimação pelo Oficial, ocorra tão logo encontra-se em mora o devedor.

No procedimento para consolidação da propriedade, a intimação deverá ser feita pessoalmente, podendo ser via correio com aviso de recebimento, ou mediante solicitação do oficial do registro imobiliário, registro de título e documentos da comarca da situação do imóvel ou domicílio de quem deve recebê-la. (Brasil 1997).

A mora poderá ser purgada junto ao cartório de registro imobiliário e quaisquer discussões referentes aos valores descritos na intimação, deverão ser levadas ao judiciário, podendo-se utilizar-se da ação de consignação em pagamento. (Brasil, 1997).

Por fim, não havendo a purgação da mora, o fato deve ser certificado pelo oficial imobiliário, registrando-se na matrícula do imóvel a consolidação da propriedade em favor do fiduciário, todavia, apenas poderá proceder dessa forma, se o fiduciário comprovar o pagamento do imposto de transmissão *intervivos*. (Brasil, 1997).

Perfectibilizada a consolidação da propriedade em favor do credor, incumbe a este promover a alienação do imóvel em trinta dias, nos termos do art. 27, não sendo permitido que permaneça com a posse do bem. Inclusive, o art. 24, VI, determina que o contrato informe o valor do imóvel para fins de leilão e quais os critérios de correção monetária. (Brasil, 1997).

Seguidos os procedimentos do leilão, nada impede que o credor fiduciário concorra no leilão, ofertando lances como qualquer terceiro, assim como o próprio devedor. Em que pese a lei não mencione sobre igualdade de condições, deve ser preferido o lance do devedor, se igual à maior oferta tanto por tanto, que, no caso, poderá manter o imóvel. Aplicam-se, supletivamente, os princípios da remição, também contemplada expressamente para a hipoteca. (Venosa, 2022).

A legislação é clara ao definir, para fins de leilão, qual é o significado de dívida e de despesa, sendo a primeira o saldo devedor da operação fiduciária na data em que se inicia o processo de alienação - leilão, que é composto pelos juros, multas e demais encargos contratuais. Já em relação à despesa, corresponde à soma dos encargos e custas de intimação, assim como outras que se fizerem necessárias para que o leilão se concretize, de acordo com o art. 27, § 3º, I e II. (Brasil, 1997).

Ainda, subsistindo importância no valor alcançado no leilão, deverá ser entregue ao devedor em cinco dias após o ato, incluídos nesse valor as benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas, implicando em quitação recíproca (art. 27, § 4º) (Brasil, 1997).

Frustrada a primeira tentativa de leilão, na segunda tentativa, se o valor não for superior ao débito, a dívida será considerada extinta (§ 5º, devendo o credor dar quitação à dívida em 5 dias. Se ainda assim, houver crédito em favor do credor, este poderá utilizar meios ordinários de cobrança, ressalvando-se que a lei expressamente exclui a possibilidade de retenção por benfeitorias, de acordo com a parte final do art. 516 do Código Civil (Brasil, 1997).

O procedimento de cobrança extrajudicial da dívida e de leilão para fins de realização de garantia é constitucional, uma vez que o Poder Judiciário pode ser acionado a qualquer momento, quer antes, durante ou mesmo após a consolidação da propriedade fiduciária em nome do fiduciário em caso de inadimplemento do devedor.

Diante do exposto acima, tem-se que a hipoteca dá ao seu titular apenas o direito de seqüela, ou seja, de apenas perseguir a coisa, nas mãos de quem quer que esteja, que ocorre por meio de ação executória. O contrário ocorre na alienação fiduciária em que o bem desde o início fica em mãos do credor, sendo desnecessário o procedimento judicial. Na hipoteca, porém, é possível ao credor a adjudicação do bem, em que pese dependa de procedimento judicial. (Amaral Neto, 2011).

3. DA LEGALIDADE DOS EFEITOS

A aplicação da alienação fiduciária está regulada pelos artigos 25 e 30 da Lei n. 9.514/97, a qual, em síntese, prevê o modo como se dá a formação do negócio, a gravação do bem, a constituição da mora, a restituição do bem, assim como a consolidação da propriedade a favor do credor.

Por conta disso, faz-se mister destacar que a via extrajudicial a que se refere a alienação fiduciária não traz prejuízo à Constituição Federal de 1988, notadamente na parte que trata do processo legal.

Entretanto, a doutrina não é pacífica quando o tema é a constitucionalidade das consequências deste instituto.

O Código de Defesa do Consumidor foi instituído com o propósito de estabelecer critérios favoráveis ao consumidor, reconhecendo sua vulnerabilidade diante do mercado de consumo e viabilizando a proteção dos seus interesses.

Neste viés, o princípio do devido processo legal impede qualquer ameaça ou lesão a direito na ocasião da análise Judicial, assegurando o direito ao contraditório e a ampla defesa, situação que interfere no tema da alienação ora em estudo, a qual como foi dito pode ser iniciada e concluída exclusivamente pela via extrajudicial, o que acaba ceifando eventual interesse na aferição da legalidade

pelo Poder Judiciário.

Para Watanabe (1999), os procedimentos que restringem a defesa e obrigam a propositura de ação inversa devem estar em consonância com as exigências do direito substancial e de acordo com a Constituição Federal.

Associado a isso, há o argumento de que no rito da execução extrajudicial o credor fiduciário é revestido de atividades de caráter judiciário e faz valer de modo coercitivo seu direito.

De certa forma, é possível dizer que o agente fiduciário aplica as disposições da Lei 9.514/97 de maneira coercitiva, posto que o leilão do bem na hipótese de inadimplemento nada mais é do que a valoração desfavorável aos interesses do consumidor devedor.

Sob a ótica do artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, não é correto interpretar o devido processo legal como sendo uma exigência de utilização da via judicial, até porque o devedor não está impossibilitado de procurar o Judiciário para salvaguardar os seus direitos, ainda que já alienado o seu imóvel, caso em que poderia debater a legalidade do ato e ao final requerer a respectiva indenização.

Na verdade, apesar do CDC ter como premissa evitar práticas abusivas em prejuízo do consumidor através de ferramentas que afastem qualquer restrição ao direito, no caso da alienação fiduciária sua aplicação é mitigada com vistas a garantir também a incidência do princípio da liberdade contratual, instituindo uma maneira de compensar eventual desequilíbrio capaz de afetar a relação de consumo (Amaral Neto, 2011).

Assim, o direito de provocar o Estado de forma alguma é passível de ser tido como inexistente quando se trata da alienação, pois, caso o devedor considere injusta a execução da garantia, poderá, por meio de ação própria, contestar o débito, os juros, e contraditar a legitimidade do credor em assim o fazer, pleiteando o respectivo pagamento do dano se houver (Amaral Neto, 2011).

Logo, uma vez descumprida qualquer cláusula contratual ou também quando evidenciada a discrepância das cláusulas fixadas pela instituição financeira, é sim cabível medida judicial para interromper o andamento do contrato de alienação fiduciária de imóvel.

Cabe destacar que a transmissão do bem alienado a terceiros não é realizada sem que o devedor seja notificado, portanto, não se pode falar em impossibilidade de defesa ou de irrisignação sobre eventual desfecho negativo para o seu patrimônio.

Ademais, nos contratos de alienação fiduciária as etapas estão especificamente detalhadas por escrito, inclusive o valor da venda do imóvel a ser utilizada por ocasião da venda, que ocorre quando o inadimplemento for configurado.

No documento também deve constar o prazo de notificação pelo Oficial do Registro de Imóveis, sem o que não se pode dizer que foi observado o equilíbrio das partes contratantes. Apesar do rito especial da alienação fiduciária, o único desejo do legislador foi priorizar a celeridade no restabelecimento do capital investido e o crescimento do mercado neste setor.

Convém dizer que os procedimentos para venda de unidades imobiliárias em construção, assim como os negócios vinculados ao Sistema de Financiamento Imobiliário, não obstruem a possibilidade de o devedor acionar o Judiciário.

Outrossim, mister reforçar que o credor também possui pontos negativos contra si, já que a alienação fiduciária impossibilita a execução de outros bens diferentes daquele que é o objeto da garantia da operação de crédito, episódio que não pode ser tido como positivo para o investidor quando a consolidação da propriedade não for capaz de satisfazer o crédito concedido.

Assim, é possível de se concluir que a legislação consumerista interfere em qualquer relação entre consumidor e fornecedor, e que a modalidade de execução da alienação fiduciária de imóvel apenas mitiga a forma de execução, em nada impedindo que as etapas sejam revisadas pelo Estado em processo judicial autônomo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observamos acima, a alienação fiduciária de bem imóvel causou impacto significativo no setor financeiro, possibilitando o aumento de pessoas interessadas na aquisição de bens, dada a facilidade, simplicidade, celeridade e a redução de custo nesse tipo de contratação. (Venosa, 2022).

Em suma, a alienação fiduciária nada mais é do que transferência da propriedade e da posse indireta de um imóvel para o fim de garantir operação de crédito em pecúnia, situação que fica sobrestada até que o tomador daquele valor termine de pagar a totalidade das parcelas, ou então quando configurar sua inadimplência. (Chalhub, 2021).

Do negócio fiduciário no Brasil, foi criada a alienação fiduciária, sendo incluída no campo jurídico através da Lei de Mercado de Capitais. A nova espécie de garantia real apresentou grande sucesso por conta das suas vantagens, como é o caso da desnecessidade de ingressar em Juízo para satisfazer o resultado. (Marino, 2009).

De igual modo, a modalidade foi tida como vantajosa em razão da redução de custos para a transferência da propriedade ao credor em caso de insolvência do devedor.

Devido ao grande sucesso em sua utilização, a alienação fiduciária foi evoluindo progressivamente até abranger os bens imóveis na Lei nº 9.514/97.

É importante ressaltar que na alienação fiduciária de imóvel, não há alteração em relação ao direito de uso, permanecendo o devedor na posse mesmo sem deter o direito de propriedade, até que o negócio gerador seja resolvido. E se for o caso de aquisição, o devedor desde logo é imitado na posse. (Marino, 2009).

Ademais, entre os principais pontos positivos da alienação fiduciária, foi destacado que o crédito obtido não necessariamente deve estar vinculado à compra do imóvel dado em garantia, mas

sim que os recursos possam ser direcionados a qualquer compromisso com liquidez (Gomes, 2012).

Por sua vez, no que se refere à forma de execução da garantia para recomposição do capital, o Poder Judiciário poderá intervir a qualquer momento, a critério das partes, não sendo a forma de execução, por si só, vedada pela nossa constituição, ou seja, trata-se de procedimento administrativo constitucional legítimo (Gomes, 2012).

Dito isso, conclui-se que o objeto do contrato de alienação fiduciária é uma via de mão dupla, podendo seguir tanto pelo caminho do adimplemento da obrigação principal por parte do devedor, ficando o credor obrigado a fornecer ao fiduciante o termo de quitação ao oficial do Registro de Imóveis competente, que cancelará o registro da propriedade fiduciária, retornando assim a propriedade plena do imóvel, às mãos do fiduciante, ou então pelo caminho da falta de pagamento, caso em que fica facultado ao credor consolidar a propriedade em seu nome, seja pela via judicial ou extrajudicial (Amaral Neto, 2011).

Com relação à via extrajudicial, parte da doutrina entende que o rito é inconstitucional e contrário às disposições do CDC, situação que já foi rechaçada pelo Poder Judiciário Brasileiro, no sentido de que o procedimento está de acordo com a Constituição Federal.

É incorreto interpretar a alienação fiduciária de imóvel apenas como se o direito do credor fosse preservado, pois, conforme foi dito, se o imóvel não for suficiente para satisfazer o crédito em nada estará garantido o saldo remanescente da dívida (Silva, 2014).

Inexiste, portanto, prejuízo para o direito de ação previsto na nossa Constituição Federal, pelo que é possível discutir a validade das cláusulas e a legalidade da sua utilização conforme cada caso, uma vez que isto é direito básico do consumidor e não se admite expressões que violem a igualdade e a proporcionalidade (Forgioni, 2015).

Em outras palavras, a Lei 9.514/97 vigora convergente ao Código de Defesa do Consumidor, tendo suas previsões normativas bem esclarecidas na legislação, o que nos faz entender que apesar da disciplina própria, que regula de maneira específica e exaustiva as consequências da mora e a excussão do bem objeto da garantia, os efeitos se dão em total consonância com aquilo que prevê o instituto consumerista, não havendo que se falar em desequilíbrio ou prevalência de lei especial, quiçá conflito de normas.

Enfim, toda e qualquer formação de negócio deste tipo deve garantir segurança jurídica aos contratantes e maior estabilidade às relações jurídicas no mercado imobiliário nacional, tudo a influenciar políticas governamentais de incentivo à moradia.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A Alienação fiduciária em Garantia no Direito Brasileiro**, In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. Contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2011.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Diretoria Colegiada. Circular nº 3.953, de 10 de julho de 2019. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/estatisticas/grafico/graficococisic/imoveis_garantia>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm>. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm>. Acesso em: 25 abri. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 16 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 25 mai. 2023.

BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de Crédito**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
CHALHUB, Melhim N. **Alienação Fiduciária - Negócio Fiduciário**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993696. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993696/>>. Acesso em: 01 jun. 2023.

DANTZGER, Afranio Carlos C. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2010. E-book. ISBN 978-85-309-4226-7. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4226-7/>>. Acesso em: 01 jun. 2023.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **Alienação fiduciária em garantia: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas Ltda, 2021, p. 199.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1983. Disponível em: <<https://www.leitaodeleitura.com.br/#/97865545640/>>. Acesso em: 23 mai. 2023.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Garantia das Obrigações**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

LIMA, Otto de Souza. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1962.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil**. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. v.IV. Rio de Janeiro:

Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9788530990862. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990862/>> Acesso em: 01 jun. 2023.

RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZARDO, Arnaldo. **Títulos de Crédito**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530988906. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988906/>> Acesso em: 01 jun. 2023.

SAAD, Renan Miguel. **A alienação Fiduciária sobre Bens Imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Fábio Rocha Pinto. **Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária**. São Paulo: Almedina, 2014.

TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária em garantia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

WALD, Arnaldo. **Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de banco de desenvolvimento**. Revista de Direito Imobiliário, nº 51, Ano 24 julho – dezembro de 2001.