

Há inconstitucionalidade na lei 9.514/1997, de 20 de novembro de 1997, que prevê a execução extrajudicial nos contratos de mútuo no mercado imobiliário?

Carla Marques Nogueira¹

Carlos Henrique Passos Mairink²

Gustavo Henrique de Almeida³

Como citar

NOGUEIRA, C. M.; MAIRINK, C. H. P.; ALMEIDA, G. H. Há inconstitucionalidade na lei 9.514/1997, de 20 de novembro de 1997, que prevê a execução extrajudicial nos contratos de mútuo no mercado imobiliário? *LIBERTAS: Rev. Ciênci. Soc. Apl.*, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, p. 115-148, jan./jul. 2020.

Resumo: A alienação fiduciária de coisa imóvel foi introduzida no Brasil pela Lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997, trazendo diversas inovações no Direito brasileiro. Anterior a criação da lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997, praticamente 100% dos financiamentos imobiliários eram feitos pela modalidade de garantia hipotecária. Destarte a Lei 9.514/1997, trouxe importante inovação introduzindo a alienação fiduciária de coisa imóvel ao patamar de direito real, conforme disposição no artigo 1.361 do Código Civil/2002. A alienação fiduciária em garantia estabelece uma propriedade resolúvel em nome do credor ficando o devedor, na posse da coisa dada em garantia. Uma vez quitada a obrigação pelo devedor, a propriedade consolida-se em seu nome. Por outro lado, caso inadimplida a obrigação, a lei prevê mecanismos para a satisfação do crédito inadimplido. A alienação fiduciária tem grande importância para o mercado imobiliário, visto que estabelece um procedimento extrajudicial para consolidar a propriedade em nome do fiduciário em caso de inadimplemento. A alienação fiduciária é de fácil e rápida constituição e execução, com garantia mais segura, célere e eficaz no ordenamento jurídico atual, tornando-se uma importante ferramenta de desjudicialização e

¹ Graduanda de Direito pela Faculdade Minas Gerais – Famig.

² Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado e Professor da Faculdade Minas Gerais – Famig. passosmairink@gmail.com

³ Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Universidade de Itaúna. Coordenador do Curso e Professor da Faculdade Minas Gerais – Famig. Consultor. Advogado.

andamento do sistema de justiça. Para a gestação e o nascimento dos estudos e pesquisas do problema de pesquisa, fora utilizado o método de abordagem dedutiva, trabalhando com a técnica de revisões bibliográfica, sendo o entendimento retirado de teses debruçadas e construídas por anos de conhecimento de renomados autores brasileiros. Destarte, a técnica a ser apresentada, compreende que a lei de alienação fiduciária é uma importante ferramenta de desjudicialização, célere e eficaz no ordenamento jurídico, e se operada em conformidade com a lei não gera dano para as partes que firmam um negócio jurídico.

Palavras-chave: Alienação fiduciária. Bem imóvel. Garantia real. Inadimplência. Consolidação. Leilão. Obrigação extinta.

Is there an unconstitutionality in Law 9,514 / 1997, of November 20, 1997, which provides for extrajudicial execution in loan agreements in the real estate market?

Abstract: The fiduciary alienation of immovable thing was introduced in Brazil by Law No. 9,514, of November 20, 1997, bringing several innovations in Brazilian law. Prior to the creation of law nº 9,514, as of November 20, 1997, almost 100% of real estate financing was made by the mortgage guarantee modality. Thus, Law 9.514/1997 brought important innovation by introducing the fiduciary alienation of immovable thing to the level of real law, as provided in Article 1,361 of the Civil Code/2002. The fiduciary disposal in guarantee establishes a resolvable property on behalf of the creditor being the debtor, in possession of the thing given in guarantee. Once the debtor's obligation has been settled, the property is consolidated on his behalf. On the other hand, if the obligation defaults, the law provides for mechanisms for the satisfaction of the defaulted credit. The fiduciary disposal is of great importance to the real estate market, since it establishes an out-of-court procedure to consolidate the property on behalf of the trustee in case of default. Fiduciary alienation is easy and quick to set up and execute, with safer, faster and more effective guarantee in the current legal system, becoming an important tool for dejudicialization and progress of the justice system. For the pregnancy and birth of studies and research of the research problem, the method of deductive approach was used, working with the technique of bibliographic reviews, and the understanding was drawn from theses debruçaded and constructed by years of knowledge of renowned Brazilian authors. Thus, the technique to be presented, understands that the law of fiduciary alienation is an important tool of dejudicialization, fast and effective in the legal system, and if operated in accordance with the law without generating harm to the parties that establish a legal business.

Keywords: Fiduciary alienation. Very still. Royal warranty. Default. Consolidation. Auction. Obligation extinguished.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da alienação fiduciária de bens imóveis foi introduzido no Brasil pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, trazendo diversas inovações no Direito brasileiro. A alienação fiduciária se dá com a celebração de contrato, com o objetivo de garantir a concessão de um financiamento. Nesse sentido, o devedor fiduciante contrata a transferência ao credor fiduciário da propriedade resolúvel de coisa imóvel, registrando a propriedade fiduciária no Registro de Imóveis competente.

Sendo assim, a constituição da alienação fiduciária de imóvel dá-se por escrito, através de instrumento particular ou público, seguido do registro da propriedade fiduciária em conformidade aos direitos imobiliários.

Ademais, a alienação fiduciária é um negócio jurídico atrelado a uma condição resolutiva, que enquanto não verificada, reserva ao credor fiduciário a propriedade resolúvel do imóvel e a sua posse indireta, restando ao devedor fiduciante o referido direito real de aquisição sobre o imóvel e a sua posse direta.

Vale ressaltar que a propriedade fiduciária não deve ser confundida com a propriedade plena, haja vista, que o credor fiduciário não dispõe de todas as faculdades inerentes ao domínio.

Assim, a resolução da garantia dá-se com o pagamento, possibilitando o cancelamento do registro, atribuído ao credor fiduciário a obrigação de fornecer o termo de quitação em trinta (30) dias. Entretanto, se houver mora por parte do devedor fiduciante será formalizada por notificação via Registro de Imóveis.

Para a hipótese de falta de pagamento de alguma parcela do financiamento, purgada a mora em 15 dias, convalida o contrato, isto é, elide-se a sua resolução com a caracterização do inadimplemento definitivo. Todavia não purgada a mora, converte-se em inadimplemento, dando motivo para a resolução do contrato à averbação da consolidação da propriedade no Registro de Imóveis.

Diante do exposto, há a alienação forçada do bem, não sendo possível evitar a resolução do contrato, é regulada da seguinte forma: em primeiro leilão, em trinta (30) dias da averbação da consolidação da propriedade, devendo o bem ser alienado

pelo valor contratualmente estipulado, em quinze (15) dias, se necessário, perfaz-se o segundo leilão, pelo valor mínimo da dívida mais encargos e despesas.

Evidentemente uma das principais vantagens da alienação fiduciária em relação à hipoteca, é a celeridade na execução do bem em caso de inadimplemento, uma vez que tudo se resolve perante o Serviço de Registro de Imóveis competente.

Verifica-se como uma das vantagens inegáveis da alienação fiduciária de imóvel, a ponto de ter, praticamente, encerrado a utilidade da hipoteca, está na não sujeição aos efeitos da insolvência do devedor fiduciante.

Havendo recuperação judicial, o credor pode pedir a restituição do bem dado em garantia fiduciária, salvo durante o prazo de suspensão das ações dos credores e nos casos em que o bem seja essencial à atividade do estabelecimento em questão, conforme dispõe artigo 49º § 3º, da Lei n 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

Importante destacar que na atualidade a alienação fiduciária em garantia, se tornou a principal forma de constituição de garantia, e na prática do mercado imobiliário veio a substituir a hipoteca, que envolve demorada forma de execução, determinando assim, um processamento prejudicial à celeridade e a efetiva responsabilização do devedor pelo ônus de sua obrigação inadimplida.

2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS NO DIREITO BRASILEIRO

É sabido que em um mundo globalizado, o dinamismo do mundo dos negócios e do próprio direito nas relações da sociedade se faz necessária a um enquadramento social que implica forçosamente em mudanças evidenciando a crucial necessidade de que o país evolua na sua maneira de interagir e que se adapte de modo a atender aos anseios e exigências existentes na sociedade.

No que diz respeito a globalização econômica leciona Carlos Henrique Passos Mairink que:

A globalização, mormente pela independência financeira, gerou complexas operações financeiras, se fazendo necessário um regramento específico para atender os diversos interesses privados do setor imobiliário, diante da redução da produção,

construção e comercialização de moradias pelo Estado, veio ocorrer com o advento da Lei 9.514/1997.⁴ (MAIRINK, apud TAVARES, 2010, p. 13).

O crédito imobiliário antes da edição da lei de alienação fiduciária nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, com garantia se dava através da hipoteca, a qual o devedor grava o imóvel, contudo não transfere a propriedade do bem hipotecado ao credor, logo, a propriedade imobiliária, permanece em nome do devedor, que poderá, inclusive, hipotecá-la em outros graus e a outros credores, mantendo o bem no seu patrimônio, desta maneira, fica sujeito ao concurso de outros credores, além do credor perder a preferência sobre alguns créditos.

Brinda-nos, com sua exposição, Carlos Henrique Passos Mairink, afirma:

No Brasil, até o advento da Lei 9.514/97, não existia nenhum mecanismo dinâmico no qual investidores do setor imobiliário pudessem, de forma rápida e eficaz, em caso de inadimplência do devedor, rever o capital investido (MAIRINK, 2010, p. 14).

Neste mesmo sentido, sustenta Melhin Namem Challub que:

De fato, as garantias “existentes nos sistemas jurídicos de origem romana, e são elas a hipoteca, o penhor e a anticrese, não mais satisfazem a uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las. (CHALHUB, 2017, p. 209).

A hipoteca nem sempre oferece o privilégio garantidor de preferência sobre todos os demais credores, como é o caso dos credores trabalhistas, que recebem seus créditos antes do credor hipotecário, em caso de falência do devedor.

Ao longo dos anos, foi perdendo sua eficácia devido à dificuldade e morosidade da execução.

Conforme entende Carlos Henrique Passos Mairink, verifica-se na prática há uma falta de prestígio do instituto da hipoteca, que se deve pela sua ineficiência de ônus imobiliário, nas execuções concursais (falência e insolvência civil), visto que há

⁴ TAVARES, Zilda. Código de defesa do consumidor e a alienação imobiliária. São Paulo: Método, p. 55.

preferência privilegiada de outros créditos, como os trabalhistas e fiscais, nas execuções individuais extrajudiciais indeferidas pelo Judiciário com fundamento de vícios de inconstitucionalidades e ainda nas execuções judiciais individuais com o surgimento de inúmeras dificuldades advindas da lentidão do rito processual. (MAIRINK, 2010, p. 30).

Destarte, no negócio fiduciário o devedor também grava o imóvel, entretanto retira o imóvel do seu patrimônio, transferindo o bem para o patrimônio do credor, acarretando a exclusão do bem da concorrência dos credores.

Entende-se que na execução da alienação fiduciária se dá um bem que não está no patrimônio do devedor, mecanismo que gerou confiança para atender a diversidade do crédito na economia da sociedade contemporânea.

Leciona Afranio Carlos Camargo Dantzger que:

Para se ajustar o mercado imobiliário nacional, atraindo maiores investimentos e ensejando, com isso, a solidez do setor, necessário se faz oferecer uma garantia que lhe dê a certeza da recuperação rápida do capital investido que, por sua vez, retornará ao mercado para dar impulso ao círculo virtuoso de geração de novos negócios. (DANTZGER, 2020, p. 22).

O legislador não só introduziu a alienação fiduciária de bens imóveis por meio da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, bem como instituiu uma nova modalidade de garantia a empréstimos e financiamentos que organizou o Sistema de Financiamento Imobiliário, no sistema jurídico brasileiro, constituindo em favor do credor uma propriedade resolúvel sobre o imóvel que lhe é dado pelo devedor, para garantir a dívida que este assumiu perante o credor.

Lecionando sobre os benefícios da alienação fiduciária, Carlos Henrique Passos Mairink sustenta que:

A perspectiva criada pela inserção da Lei 9.514, de 1997, no ordenamento jurídico pátrio, com sua efetiva aplicação nos negócios imobiliários, haverá melhorias no sofrível setor financeiro, benefícios que deverão refletir em vários setores e seguimentos da economia e atingirá o público que mais necessita do financiamento, ao passo que com a garantia maior de recebimento do crédito, investido, maior também será o número de pessoas beneficiadas. (MAIRINK, 2010, p. 17).

Nesse sentido, segundo Afrânio Carlos Camargo Dantzger, a perspectiva criada pela inserção da lei de alienação fiduciária de n.º 9.514, de 20 de novembro de 1997, no ordenamento jurídico brasileiro, vem se confirmando gradualmente, com a sua efetiva aplicação nos negócios, tanto nos imobiliários quanto nos de outras carteiras comerciais, assim como vem sendo utilizada em larga escala pelas instituições financeiras, incorporadoras e construtoras, resultando em benefícios extensivos a outros seguimentos da economia. (DANTZGER, 2020, p. 30-31).

Sendo assim, a alienação fiduciária não se limita às operações de financiamentos imobiliários, permite a contratação de qualquer operação de crédito de maneira abrangente, envolvendo quaisquer pessoas, sejam físicas ou jurídicas, além de conceder maior segurança ao credor e celeridade na execução de seu crédito, caso não seja satisfeito voluntariamente pelo devedor no tempo devido.

2.1 Surgimento da alienação fiduciária no Brasil

No direito brasileiro, o surgimento da alienação fiduciária em garantia, se deu por meio da Lei nº. 4.728, de 14 de julho de 1965, a qual disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

Limitada aos bens móveis, a referida lei estabelece o domínio da coisa ao credor, continuando o devedor com a posse direta do bem em nome daquele, com as responsabilidades do depositário.

Em princípio, a lei adotou uma definição singela da alienação fiduciária, estabelecendo que nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.

Entretanto, tal lei foi omissa e não disciplinou o meio judicial que o credor deveria usar quando houvesse inadimplemento do devedor, e que este se recusasse a entregar o bem móvel.

Mais tarde, com o objetivo de sanar tal omissão, foi editado o Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969, que aperfeiçoou a definição e a aplicabilidade do instituto, solucionando a questão da via judicial adequada para a obtenção da posse direta da coisa, determinando o uso da ação de busca e apreensão, que seria deferida

liminarmente com a comprovação da mora ou inadimplemento do devedor e estabelecendo, inclusive, a prisão do devedor, por ficção legal ao depositário fiel.

Entretanto, essa prisão foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com base no Pacto de San José da Costa Rica, cuja adesão pelo Brasil se deu em 1992.

O referido entendimento culminou na edição da súmula vinculante nº. 25, concluindo que a legislação inicialmente previa a aplicação da alienação fiduciária tão somente para bens móveis.

Destarte, após aproximadamente 30 anos, a alienação fiduciária de coisa imóvel foi introduzida no Brasil pela Lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997, em decorrência da necessidade de distinguir-se as garantias inerentes ao sistema financeiro de habitação daquelas necessárias para fomento e modernização do mercado de capitais nacional, trazendo diversas inovações no Direito brasileiro.

Depreende-se dos ensinamentos de Carlos Henrique Passos Mairink, que são admitidos no ordenamento jurídico brasileiro duas espécies de alienação fiduciária, a alienação fiduciária de bens móveis introduzida pela lei nº. 4.728, de 14 de julho de 1965, a qual disciplina o mercado de capitais editado pelo Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969, e alienação fiduciária de bens imóveis, inserida através da lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 (MAIRINK, 2010, p. 65).

A alienação fiduciária em garantia se dá através do contrato no qual o devedor fiduciante transfere ao credor a propriedade do bem para garantir o pagamento da dívida com a condição de tornar a propriedade do bem quando liquidar a dívida.

É sabido, que anterior à criação da lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997, os financiamentos imobiliários eram feitos na modalidade de garantia, através da hipoteca. Todavia se trata de um processo de execução lento, caso o devedor não cumpra com sua obrigação.

2.2 Alienação fiduciária e propriedade fiduciária

A alienação fiduciária em garantia estabelece uma propriedade resolúvel em nome do credor, ficando o devedor fiduciante, em regra, na posse da coisa dada em

garantia. Uma vez quitada a obrigação pelo devedor fiduciante, a propriedade consolida-se em seu nome.

A esse respeito, aduz Fábio Ulhoa que:

Por esse contrato, o credor se torna titular da propriedade resolúvel da coisa e seu possuidor indireto, enquanto o devedor fiduciante é investido na condição de possuidor. Cumprida a obrigação que esse tem perante aquele, opera-se a resolução da propriedade: o sujeito que era devedor passa a ser o proprietário pleno e único possuidor da coisa, e o que era credor deixa de titularizar qualquer direito real sobre ela. (COELHO, 2012).

Nesse sentido pode assegurar-se que a condição resolutiva está ligada ao adimplemento, ou seja, resolvido o negócio jurídico fiduciário, torna o fiduciante a propriedade e posse do bem.

O legislador descreveu no artigo 1.419 do Código Civil de 2002, que nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

Leciona Ulisses Vieira Moreira Peixoto sobre o Direito real de garantia:

É o que vincula diretamente ao poder do credor determinado bem do devedor, assegurando a satisfação de seu crédito se inadimplente este. Na hipoteca ou penhor, havendo inadimplemento da obrigação, o destinado, de preferência, ao pagamento da obrigação garantida. Logo, pagar-se-ão primeiramente os credores hipotecários ou pignoratícios. Os demais só terão direito ao que sobrar. Na alienação em garantia ter-se-á transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível, com garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida.⁵ (PEIXOTO apud DINIZ, 2020, p. 291).

Destarte, a Lei de alienação fiduciária nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, trouxe importante inovação introduzindo a alienação fiduciária de coisa imóvel ao patamar de direito real.

⁵ 135 DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, p. 985.

Nos termos do artigo 17, IV, § 1º da mencionada lei, a alienação fiduciária de coisa imóvel é instituída como um direito real:

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

I – hipoteca;

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

III – caução de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação;

IV – alienação fiduciária de coisa imóvel;

§ 1º As garantias a que se referem os incisos II, III e IV deste artigo constituem direito real sobre os respectivos objetos. (art.17, IV, § 1º, da lei 9.514/1997).

Nos termos do artigo 1.368-B do Código Civil de 2002, a alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor.

Desta forma as garantias reais, garantem o cumprimento de uma obrigação por meio da constituição de direito real sobre coisa de devedor, em favor do credor.

Reza o artigo 17, Inciso IV, § 1º da lei de alienação fiduciária nº 9.517, de 20 de novembro de 1997, constituindo a alienação fiduciária em garantia como direito real e ainda em seu artigo 22, § 1º, que a alienação fiduciária não é privativa das entidades que operam no Sistema Financeiro Imobiliário, podendo ser contratada por pessoa física ou jurídica, desmistificando o entendimento que a aplicação da alienação fiduciária em garantia era somente para as instituições bancárias.

2.3 Distinção entre alienação fiduciária e hipoteca

A hipoteca é um instituto jurídico que tem como função respaldar uma obrigação, possibilitando que o credor obtenha uma garantia diferenciada no recebimento do seu crédito e, para tanto, é constituído um ônus real.

Lecionando sobre o conceito de hipoteca, Maria Helena Diniz sustenta que:

A hipoteca é um direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencendo ao devedor ou terceiro, sem transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se, preferencialmente, se inadimplente o devedor. É, portanto, um direito sobre o valor da coisa onerada e não sobre sua substância. (DINIZ, 2012 p. 249-250).

A lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, inovou o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo a possibilidade da constituição de propriedade fiduciária sobre bens imóveis. Não obstante, criou o Sistema de Financiamento imobiliário, (SFI) que objetiva a estimulação da concessão de financiamentos imobiliários inquisitivamente mais acessíveis aos cidadãos.

A alienação fiduciária em garantia se dá através do contrato no qual o devedor fiduciante transfere ao credor a propriedade do bem para garantir o pagamento da dívida com a condição de tornar a propriedade do bem quando liquidar a dívida.

Nos termos do artigo 22, caput, da mencionada lei dispõe sobre o conceito de alienação fiduciária:

Art.22. A alienação fiduciária regulada por esta lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. (art. 22, caput, da lei 9.514/1997).

Neste contexto, a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa imóvel alienada. Sendo assim, existe a atribuição de propriedade pelo devedor fiduciante ao credor, com a fidúcia para garantir ou assegurar o direito do crédito.

Descreve o legislador no artigo 23, caput, da lei de alienação fiduciária nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que a propriedade fiduciária é a modalidade de direito real sobre o imóvel, sendo constituída mediante registro, isto é, para a constituição da propriedade fiduciária de bens imóveis, é obrigatório que o contrato seja levado à registro junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente.

Aliás, o contrato por meio do qual é firmado o negócio jurídico, instituindo a alienação fiduciária deve preencher todos os requisitos elencados no artigo 24 da

referida lei. Vale destacar que se omitido os referidos requisitos, o credor terá apenas um direito de crédito, sem oponibilidade erga omnes e sem execução direta.

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de imóveis, do contrato que lhe serve de título. (art. 23, caput, da lei 9.514/1997).

Evidentemente uma das principais vantagens da alienação fiduciária em relação à hipoteca, é a celeridade na execução do bem em caso de inadimplemento, uma vez que tudo se resolve perante o Serviço de Registro de Imóveis competente.

Com o surgimento da alienação fiduciária de bem imóvel que é célere, a hipoteca perdeu seu espaço no mercado brasileiro, visto que se trata de um instituto que é moroso em caso de não cumprimento da obrigação para retomada do bem dado em garantia.

O procedimento para a realização do contrato de alienação fiduciária em regra ocorre mediante aprovação do crédito, firmando-se um contrato, como por exemplo, o Contrato de Compra e Venda, a Cédula de Crédito Bancário, com garantia de alienação fiduciária, cujas cláusulas devem dispor o modo, o tempo e os encargos financeiros relativos às parcelas financiadas, além de todos os requisitos elencados no artigo 24 da lei de alienação fiduciária nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Para o recebimento do imóvel, esta garantia deve ser registrada em um cartório de imóveis, passando a constar na matrícula do bem, impedindo, por exemplo, que a propriedade seja transferida para um terceiro antes da quitação junto ao credor fiduciário.

Conforme disposição na lei de alienação fiduciária nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, os atos concernentes à alienação fiduciária de bens imóveis, desde a celebração do contrato até o cancelamento da propriedade fiduciária ou sua consolidação na pessoa do fiduciário deve ter seu registro efetivado junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente.

Reza o artigo 1.275 e seus incisos do Código Civil de 2002 que, e em seu parágrafo único, que a perda da propriedade deverá ser subordinada ao Registro de Imóveis:

Art. 1275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:

I – por alienação

II – pela renúncia

III – por abandono

IV – por perecimento da coisa

V – por desapropriação

Parágrafo único: Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis. (art. 1275, CC, 2002).

Segundo os ditames do artigo 1.246 do Código Civil de 2002, o registro é eficaz desde o momento em que se apresenta o título ao oficial do registro, e este o prenota através da emissão do protocolo.

Francisco Eduardo Loureiro (Coordenador: Cezar Peluso), leciona que:

Vigora a máxima *prius in tempus, mellior in jus*, de modo que o título, que traduz simples relação de crédito, converte-se em direito real e ganha eficácia contra terceiros no exato momento no qual é prenotado no registro imobiliário.⁶ (PEIXOTO apud LOUREIRO, 2020, p. 117).

Sendo assim, a alienação fiduciária terá eficácia perante terceiros, após o assentamento no Registro de Imóveis cuja circunscrição abranger a localidade do imóvel objeto do negócio, de modo a concretizar os princípios norteadores do sistema registral, como a publicidade, por meio da qual assegura a validade e eficácia dos direitos perante terceiros estranhos ao negócio; a continuidade, que impõe que haja uma cadeia de titularidade do imóvel; a prioridade, segundo o qual deve haver uma relação de preferência cronológica entre os assentamentos constantes no Registro, de modo que prevalecerá aquele que for primeiramente apresentado junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente.

⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo (Coordenador: Cezar Peluso). Código Civil, p. 1.084

Além disso, nos termos da lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, referente aos registros públicos, encontramos que a referida lei regula os procedimentos da autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos sobre o registro público.

2.4 Contribuição da alienação fiduciária dos bens imóveis para a economia brasileira

A alienação fiduciária tem grande importância para o mercado imobiliário, visto que estabelece um procedimento extrajudicial para consolidar a propriedade em nome do credor fiduciário em caso de inadimplemento.

A Lei de alienação fiduciária nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), com a finalidade de promover o financiamento imobiliário em geral.

Nos termos da referida lei, a alienação fiduciária é de fácil e rápida constituição e execução, com garantia mais segura, célere e eficaz no ordenamento jurídico atual, tornando-se uma importante ferramenta de desjudicialização e andamento do sistema de justiça, já que o procedimento em caso de inadimplemento é extrajudicial, o que proporciona rápida execução.

Neste diapasão, a Lei de alienação fiduciária nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, prevê garantias constitucionais oferecidas às partes, entre elas a previsão de que o contrato celebrado deverá ser escrito e registrado junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente.

Neste sentido, Orlando Gomes leciona que:

A importância econômica e social atribuída aos bens imóveis, por um lado, e a possibilidade de sua individualização, pelo outro, determinaram, dentre outras razões, a organização de um regime para a transferência da propriedade dos imóveis, que, tornando-a pública, proporciona maior segurança à circulação da riqueza imobiliária.⁷ (PEIXOTO apud GOMES, 2020, p. 116).

Portanto, a função dos cartórios de registro de imóveis é de registrar, anotar, publicar atos de aquisição e transmissão da propriedade de imóvel, bem como os

⁷ GOMES, Orlando. Direitos Reais, p. 164-165.

ônus reais porventura incidentes e arquivar todos os documentos referentes à propriedade imobiliária promovendo a segurança na relação do negócio imobiliário.

3 NATUREZA JURÍDICA

Segundo Carlos Henrique Passos Mairink, o contrato de alienação fiduciária apresenta um contrato principal que não traduz a real vontade das partes. Ao contrário, as partes buscam concretizar um contrato de alienação fiduciária, tendo o objetivo principal a entrega do bem, com a transferência da propriedade sob condição resolutória expressa em garantia para saldar eventual inadimplemento da avença principal.

Lecionando sobre negócio jurídico, Orlando Gomes sustenta o seguinte:

[...] negócio jurídico consiste na transmissão de propriedade, limitada por uma relação obrigacional que distorce o fim natural do contrato translativo. A alienação é meio para alcançar o fim de garantia. Desnatura-se, porque se destina a um fim menor do que decorre de sua causa e constitui uma propriedade temporária. Na formação desse negócio jurídico, conjugam-se dois vínculos: O de transmissão da propriedade e o do seu retorno ao patrimônio do transmitente.⁸(MAIRINK apud GOMES, 2020, p. 54).

Por sua vez, Luiz Augusto Beck da Silva, ensina que:

Negócio jurídico bilateral, oneroso, acessório (o principal é o contrato de mútuo ou de financiamento, seguindo-lhe o de alienação fiduciária) e formal (escrito público ou particular), através do qual uma das partes da relação, o credor, adquire o domínio resolúvel e a posse indireta de bem móvel durável, infungível, inconsumível e alienável recebido em garantia de financiamento efetuado pelo alienante ou devedor possuidor direto e depositário da coisa com todas as responsabilidades e encargos que lhe são inerentes.⁹(MAIRINK, apud SILVA, 2010, p. 54).

Portanto a alienação fiduciária constitui um negócio jurídico, firmado através de um contrato acessório, de garantia, típico, formal, oneroso, bilateral e comunicativo, no

⁸ GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 34.

⁹ SILVA, Luiz Augusto Beck da. *Alienação fiduciária em garantia*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 49.

qual as partes irão celebrar uma operação hábil para garantir ao credor a propriedade resolúvel e a posse indireta do bem imóvel.

Nos termos dos artigos 1361 a 1368 do código civil de 2002, a validade do ato jurídico reveste de forma especial, determinada em lei, aplicando-se ao código civil naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

Segundo os princípios norteadores do direito tanto o devedor fiduciário quanto o credor fiduciário devem ser capazes e legitimados para o negócio jurídico, nas condições e exigências estabelecidas na lei.

Ao tratar da propriedade em geral, o código civil reza no artigo 1.228, caput, que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Afranio Carlos Camargo Dantzger leciona que a alienação fiduciária apresenta duas características marcantes, a resolubilidade e a restrição da propriedade:

A resolubilidade se explica porque a propriedade, quando da efetivação do contrato de alienação fiduciária em garantia, é transferida ao fiduciário somente para garantia da dívida, não obstante lhe sejam conferidos os poderes inerentes ao domínio. A propriedade transferida ao fiduciário é resolúvel, e o domínio a ele transferido sofre uma limitação temporal.

E, quanto à restrição da propriedade, é certo que o credor fiduciário, não recebe a coisa com o ânimo de tê-la para si como sua de forma plena e definitiva; antes, assume a obrigação inescusável de restituí-la ao fiduciante assim que este devedor, cumpra sua obrigação. (DANTZGER, 2020, p. 50).

Neste sentido o negócio fiduciário com a alienação fiduciária em garantia, reserva-se ao devedor fiduciante o direito de usar e gozar, ficando ao credor fiduciário o direito de reivindicar e dispor juridicamente do bem caso o devedor não cumpra sua obrigação, entretanto cumprida a obrigação pelo devedor, o efeito do implemento da condição resolutiva é *ex tunc*.

Conforme disposto na Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997, a referida lei introduziu a alienação fiduciária de bens imóveis, classificada como um direito real,

de acordo com a modalidade do financiamento, o bem imóvel é entregue para garantir uma obrigação principal.

Ensina Ulisses Vieira Moreira Peixoto sobre o Direito real:

Direito real de garantia é o que vincula diretamente ao poder do credor determinado bem do devedor, assegurando a satisfação de seu crédito se inadimplente este. Na alienação em garantia ter-se-á transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível, com garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida.¹⁰ (PEIXOTO apud DINIZ, 2020, p. 291).

Neste sentido a Lei de alienação fiduciária nº 9.514 de 20 de novembro de 1997, prevê garantias constitucionais oferecidas às partes, entre elas a previsão de que o contrato celebrado deverá ser escrito e registrado junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente, além de requisitos com fulcro no artigo 24 da norma, veja-se:

Artigo 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.

Parágrafo único. Caso o valor do imóvel convencionado pelas partes nos termos do inciso VI do caput deste artigo seja inferior ao utilizado pelo órgão competente como base de cálculo para a apuração do imposto sobre transmissão inter vivos, exigível por

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, p. 985.

força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, este último será o valor mínimo para efeito de venda do imóvel no primeiro leilão. (art. 24, da lei 9.514/1997).

Outrossim, o rol desses elementos, integram o instrumento do contrato de alienação fiduciária, que somente se prova por escrito. Tais dados servem ao esclarecimento da operação, inclusive que se submete a sua eficácia por força do registro junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente.

Conforme os ditames do artigo 23, caput, da lei de alienação fiduciária nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, assim como nos termos do artigo 1.245, caput, do código civil de 2002, ocorre a transferência da propriedade mediante o registro do negócio jurídico junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente, sendo as partes asseguradas no exercício do direito de propriedade e a instituição de ônus.

Segundo Ulisses Vieira Moreira Peixoto, o registro imobiliário consiste no poder legal de agentes do ofício público para efetuar todas as operações relativas a bens imóveis e os direitos a eles ajustados.

Neste contexto a lei 9.514, de 20 de novembro de 1997 dispõe em seu artigo 23, que:

Artigo 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel. (Art. 23, da Lei 9.514/97).

Portanto, celebrado o contrato de alienação fiduciária, o devedor fiduciante tem direito à posse do bem, e o fiduciário toma o próprio bem em garantia, sendo assim o devedor fiduciante é impedido de negociar o bem antes de quitar a dívida a terceiros.

Tal contrato deve ser levado a registro junto ao competente Registro de Imóveis, para que a propriedade fiduciária seja constituída, ou seja, será registrado um gravame com o ônus da alienação fiduciária na matrícula do referido imóvel dado em garantia.

Com a constituição da propriedade, ocorre o desdobramento da posse, tornando o devedor fiduciante possuidor direto e o credor fiduciário possuidor indireto do imóvel.

Reza o artigo 1.420, caput, do Código Civil de 2002, que somente aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese, só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca. E, por fim, em seus parágrafos reza: § 1º A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono; § 2º.

A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos, mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver.

Conforme entendimento Sílvio de Salvo Venosa ministra que:

Para instituição de direito real de garantia, o sujeito deve ter a capacidade de alienar. Em primeiro lugar, deve ser dono ou enfiteuta, pois o domínio útil também pode ser dado em hipoteca. A Constituição da garantia é ineficaz se feita por quem não for o titular. O objeto deve ser idôneo para estar no comércio. Somente quem é dono ou enfiteuta pode gravar com o ônus real. Não basta ser proprietário, portanto, mas a coisa dada em garantia deve estar apta para o comércio negocial.

Os incapazes, assim definidos pela lei civil, não estando aptos para praticar negócios da vida civil e, portanto, alienar, não podem instituir direitos reais em garantia. A pessoa jurídica somente pode constituir garantia real sob a forma autorizada por seus estatutos ou contrato social. A pessoa jurídica de direito público deve ser autorizada por lei.¹¹ (PEIXOTO apud VENOSA, 2020, p. 293-294).

Nesse sentido dispõe Melhin Namem Challub, sobre a capacidade das partes para contratar:

O devedor-fiduciante poderá ser qualquer pessoa que seja proprietária de um bem sobre o qual tenha poder de disposição, e que irá aliená-lo fiduciariamente para garantia de pagamento de determinada dívida, enquanto credor-fiduciário é aquele que, sendo credor do fiduciante, adquire a propriedade resolúvel do bem objeto da garantia. (CHALLUB, 2017, p. 165).

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado, p. 1.417 a 1420.

Neste contexto, para firmar o contrato de alienação fiduciária é obrigatório que as partes sejam capazes, seja objeto lícito, de forma prescrita em lei, e que tenha requisitos de ordem subjetiva, objetiva e formal. Em princípio todo imóvel pode ser dado em alienação fiduciária, entretanto, somente quem pode alienar o imóvel pode dá-lo em garantia.

Segundo os ditames do artigo 832 do Código de Processo Civil de 2015, não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

Evaristo Aragão Santos leciona sobre bens impenhoráveis ou inalienáveis:

I. Distinção entre inalienáveis e impenhoráveis

A regra geral é a de que o devedor responde pelas suas dívidas com todos os seus bens, salvo restrições estabelecidas em lei (art.789). Dentre essas, estão a inalienabilidade e a impenhorabilidade.

Inalienável é o bem que nem mesmo o executado pode dele dispor. Nessa situação o bem se torna, também, impenhorável. Isso porque, se nem mesmo seu titular pode dele dispor, não há sentido em permitir-se que o Estado a faça por meio de execução forçada. Já a impenhorabilidade refere-se a bens do patrimônio do devedor que, embora sobre eles tenha livre disposição, o legislador entendeu adequado excluí-los do âmbito da responsabilidade patrimonial de seu titular.

II. Impenhorabilidade e previsão legal.

Somente a norma legal expressa instituiu a impenhorabilidade (p. ex, do bem de família; do salário; do seguro de vida, etc.) Vigora, aqui, o princípio da tipicidade. Assim e não havendo previsão legal atribuindo a determinado bem o predicado da impenhorabilidade, admite-se sua expropriação para satisfazer o direito do credor.¹² (PEIXOTO apud SANTOS, 2020, p. 328-329).

Frisa-se que não podem ser dados em alienação fiduciária os imóveis considerados impenhoráveis e inalienáveis, ou seja, os gravados com cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, ou aqueles que a lei assim os declare.

Dessarte, o negócio fiduciário regulamentado pela lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, pode ser utilizado para qualquer pessoa física ou qualquer pessoa jurídica não

¹² SANTOS, Evaristo Aragão. Código de Processo Civil Anotado/OAB: Anotações ao artigo 832. Paraná: OAB PR, 2015, p. 1.325.

sendo privativa de bancos ou instituições financeiras, celebrado através de escritura pública ou por instrumento particular por força de escritura pública conforme estabelece o artigo 38 da mencionada lei.

Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modifico ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura ou por instrumento particular com efeito de escritura pública. (art. 38, da lei 9.514/1997).

Muito embora, a alienação fiduciária tenha sido introduzida no ordenamento jurídico pela lei que dispõe sobre o Financiamento Imobiliário (SFI), modalidade de aquisição de imóveis, não há proibição na lei, que a garantia fiduciária seja utilizada para outras modalidades de financiamento.

Nas palavras de Afrânio Carlos Camargo Dantzger, encontramos que:

O negócio de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel faz nascer uma relação jurídica que conterà os elementos próprios de quaisquer contratos, a saber: sujeitos, objeto e forma.

E, desde já, é de bom tom esclarecer que a contratação dessa espécie de garantia - propriedade fiduciária imobiliária -, conforme expressas irrefutáveis previsões legais - § 1º, do art. 22, da Lei 9.514/1997 e art. 51, da Lei 10.931/2004 -, poderá ocorrer em operações celebradas dentro ou fora do Sistema de Financiamento Imobiliário, e por pessoas que operam ou não no seu âmbito, tanto físicas quanto jurídicas, sendo insustentável e ilegal qualquer interpretação contrária a essa realidade. (DANTZGER, 2020, p. 62).

Portanto, se o contrato de alienação fiduciária, celebrado nos termos da lei e abrangendo todos os requisitos exigidos pelo artigo 24 da própria lei, qualquer transação econômica poderá ser garantida pela alienação fiduciária.

De acordo com a regra jurídica do artigo 22, caput, da lei de alienação fiduciária de número 9.514, de 20 de novembro de 1997, segundo o qual “a alienação fiduciária regulada por esta lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor fiduciante”, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel, significa dizer que é atribuição de propriedade pelo devedor fiduciante ao credor fiduciário, com fidúcia, assegura o direito de crédito.

Nesse sentido pode assegurar-se que a condição resolutiva está ligada ao adimplemento, ou seja, resolvido o negócio jurídico fiduciário, torna ao fiduciante a propriedade e a posse do bem, dando-lhe o direito de usar, gozar, dispor e direito de reaver.

Entretanto, se inadimplida a obrigação garantida, poderá o credor fiduciário consolidar a propriedade através do procedimento extrajudicial como forma de recuperar o crédito imobiliário concedido ao devedor fiduciante, que promoverá nos termos da lei, público leilão, vendê-lo e pagar-se com o produto da venda.

Segundo Melhim Namem Chalub, frustrada a condição para a aquisição da propriedade pelo devedor fiduciante, consolida-se a propriedade do fiduciante, mediante averbação na matrícula do imóvel, caso o devedor não purgue a mora no prazo da intimação que receber do credor fiduciário. (CHALUB, 2017).

De acordo com os ditames da Lei de alienação fiduciária nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, ocorre à consolidação da propriedade na alienação fiduciária de bens imóveis quando devedor fiduciante se torna inadimplente, não purga a mora e, após os tramites previstos na legislação, o imóvel é transmitido em caráter definitivo ao credor fiduciário, que passa a exercer a plena propriedade.

Sendo assim, à consolidação da propriedade em nome do devedor fiduciante, em virtude do inadimplemento, se dará por meio de procedimento executório extrajudicial, obedecido o devido processo legal.

Vale ressaltar que consolidada a propriedade em favor do credor, obrigatoriamente o imóvel deverá ser levado a público leilão.

4 DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Nos termos da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, na alienação fiduciária o devedor fiduciante transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel do bem com o escopo da garantia. Tal propriedade permanecerá com o credor até que seja extinta a obrigação pelo pagamento da dívida.

A obrigação garantida pela alienação fiduciária pode ser extinta pelo seu cumprimento, mediante o pagamento da dívida, ou pelo seu inadimplemento.

Segundo Afrânio Carlos Camargo Dantzger, se a extinção da obrigação se der pelo pagamento da dívida, o bem se reverterá para o patrimônio do fiduciante, pois trata-se de propriedade resolúvel. Entretanto, se a extinção se der em decorrência do não cumprimento da obrigação, o bem alienado responde pela dívida com a comprovação da não implementação da condição resolutiva. (DANTZGER, 2020, p. 98-99).

Conforme a redação do artigo 25 e seus incisos, da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, com emissão pelo credor fiduciário do termo de quitação no prazo de trinta (30) dias a contar da data da liquidação da dívida, para o cancelamento do registro da propriedade fiduciária junto ao Oficial do Registro de Imóveis competente.

Brinda-nos, com sua exposição, Mellhim Namem Chalhub da condição resolutiva:

É o pagamento, assim, o evento caracterizador do implemento da condição, criando automaticamente para o credor a obrigação de dar quitação ao fiduciante e viabilizando para este a recuperação da plena propriedade do imóvel. (CHALHUB, 2017, p. 231).

Nesse sentido, automaticamente por força de lei a propriedade plena retornará ao patrimônio do fiduciante.

No intuito de evitar que o credor fiduciário, retenha a entrega do termo de quitação, a lei impõe ao mesmo, multa de meio por cento sobre o valor do contrato por mês ou por fração, caso a entrega do termo seja postergada por mais de trinta (30) dias contados a partir da última parcela da dívida.

Segundo Mellhim Namem Chalhub, outra modalidade prevista em lei, é a extinção da dívida através do pagamento feito pelo devedor fiduciante mediante dação, que transmitirá ao credor seu direito eventual, e retorno da propriedade plena ao fiduciante dispensada à realização de leilão do imóvel, conforme disposição no artigo 26, § 8º da lei 9.514/1997. (CHALHUB, 2017, p. 213).

Tal previsão legal mostra-se eficiente, visto que o legislador teve como objetivo resguardar os interesses tanto do devedor fiduciante quanto do credor fiduciário.

Por outro lado, em caso de inadimplemento contratual por parte do devedor fiduciante, o credor fiduciário poderá recuperar seu crédito pelo procedimento de cobrança extrajudicial e consolidação da propriedade, a seu favor, referente a propriedade fiduciária que lhe foi transferida pelo fiduciante quando da concessão do crédito.

A partir da mora do devedor fiduciante, o mesmo será intimado, mediante provocação do credor fiduciário, pelo oficial do Registro de Imóveis competente no prazo determinado em lei.

Assim, a partir do recebimento da intimação o devedor fiduciante terá duas alternativas, purgar a mora ou manter-se inadimplente, hipótese em que o Registro de Imóveis, promoverá, no prazo de trinta (30) dias (há exceção quanto ao prazo a depender do tipo de financiamento), a contar do término do prazo para a purgação da mora, a averbação da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário.

Melhim Namem Chalhub a esse respeito leciona que:

Em relação à propriedade fiduciária de bem imóvel, o § 7º do art. 26 da Lei 9.514/1997 dispõe que, decorrido o prazo fixado para a purgação sem que o devedor tenha efetivado o pagamento, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário. (CHALHUB, 2017, p. 236-237).

Todavia, consolidada a propriedade do imóvel em nome do credor fiduciário, este é obrigado a promover leilão público para a alienação do bem no prazo de trinta (30) dias, visto que é proibido por lei, que o referido imóvel consolidado seja incorporado ao patrimônio do credor fiduciário.

5 DO INADIMPLEMENTO DO DEVEDOR E A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO

No caso de mora do devedor fiduciante, este será intimado via registro de Imóveis para que no prazo de quinze (quinze) dias, satisfaça a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os

demais encargos contratuais, os tributos, as contribuições condominiais, além das despesas de cobrança e de intimação.

Vale ressaltar que a intimação do devedor fiduciante para a purgação da mora, far-se-á após decorrido o prazo de carência estipulado no contrato e deverá ser procedida na pessoa do devedor fiduciante ou de seu representante legal ou procurador regularmente constituído.

Uma inovação introduzida pela Lei 13.465, de 11 de julho de 2017, inserido o artigo 26 §3º-A na lei 9.514/1997, a criação da intimação por hora certa, com esta inovação, o legislador aumentou a possibilidade de se considerar intimado o devedor fiduciante na hipótese de proposital ocultação.

§ 3ºA. Quando, por duas vezes, o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou serventuário por eles credenciado houver procurado intimado em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Art. 26 § 3º- A Lei 9.514/1997).

Segundo Afrânio Carlos Camargos Dantzger, o legislador, inovando a notificação por hora certa, prestigiou o princípio da boa-fé objetiva do credor fiduciário frente à eventual suspeita da má-fé do devedor fiduciante.

Nos termos do artigo 26, §1º da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, descreve que a regra geral é que o devedor fiduciante seja intimado para purgar a mora em até quinze (15) dias, contudo, após a reforma da mencionada Lei, introduzida pela Lei 13.465, de 11 de julho de 2017, inserindo o artigo 26-A, com seus §§ 1º e 2º, criou uma regra especial de procedimentos de cobrança, purgação de mora e consolidação da propriedade fiduciária, aplicável única e exclusivamente para as operações de financiamento habitacional, que a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, será averbada no registro de imóveis trinta (30) dias após o vencimento do prazo para a purgação da mora, com referência no artigo 26 da mesma lei.

A alienação forçada do bem, não sendo possível evitar a resolução do contrato, é regulada da seguinte forma: em primeiro leilão, em trinta (30) dias da averbação da consolidação da propriedade, devendo o bem ser alienado pelo valor contratualmente estipulado, em quinze (15) dias, se necessário, perfaz-se o segundo leilão, pelo valor mínimo da dívida mais encargos e despesas.

Vejamos o artigo 26 § 2º da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997:

Art. 26 § 2º Até a data da averbação da consolidação de propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27, hipótese em que convalida-se o contrato de alienação fiduciária (art. 26 § 2º da Lei 9.514/1997).

Isso significa que o momento da purgação da mora é diferenciado para cada modalidade de financiamento imobiliário.

Em seus ensinamentos, Afranio Carlos Camargo Dantzger esclarece que:

Na prática, o fiduciante – exclusivamente nos casos de financiamento habitacional, receberá a intimação para purgar a mora em quinze dias para

fazê-lo, e apenas após transcorrido os trinta dias sem o pagamento das parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27, contados do vencimento dos quinze dias iniciais, é que o Serviço Imobiliário estará autorizado a, finalmente, promover a averbação da consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor fiduciário (DANTZGER, 2020, p. 105).

Sendo assim, o devedor fiduciante na modalidade de Financiamento Habitacional na prática, tem até quarenta e cinco (45) dias para purgar a mora, caso o devedor fiduciante deixar de purgar a mora no prazo legal, o Oficial do Registro de Imóvel deverá certificar do pagamento efetuado pelo credor fiduciário, do imposto de transmissão inter vivos (ITBI), e se for o caso, do laudêmio, para promover a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário.

Ressalta-se que após a consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor o contrato garantido pela propriedade fiduciária estará automaticamente resolvido e

quitado, devendo o credor, a partir daí, tão somente levar o imóvel leilão, nos exatos termos da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Leciona Afrânio Carlos Camargos Dantzger quanto o credor prestar contas ao ex-devedor na venda do imóvel por preço superior a dívida:

Na eventualidade de conseguir vendê-lo por preço superior ao da dívida, que, repete-se, já estará quitada pela consolidação da propriedade fiduciária, prestar contas ao ex-devedor, devolvendo-lhe o valor do sobejo. (DANTZGER, 2020, p. 108).

Nota-se que a Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, estabelece que o credor fiduciário deverá reembolsar-se do seu crédito mediante venda do imóvel, em leilão, devolvendo ao ex-devedor o valor que porventura sobejar, conforme estabelecido no artigo 27 § 4º da referida lei.

Art.27 § 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil. (art. 27 § 4º da Lei 9.514/1997).

Deste modo, a lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, determina a devolução ao ex-devedor, da diferença eventualmente existente entre o valor da dívida e o valor superior alcançado pela venda do imóvel em leilão.

Caso no primeiro leilão não haja lance que alcance o valor do imóvel, será realizado um segundo leilão no prazo de quinze (15) dias (art. 27 §1º da Lei 9.514/1997).

No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida e seus acessórios, devolvendo-se ao devedor o que sobejar, fato esse que importará em recíproca quitação (art. 27 §2º a 4º da Lei 9.514/1997).

Existe uma problemática para o credor fiduciário, no segundo leilão, quando o maior lance não for igual ou superior ao valor da dívida e seus acessórios, hipótese em que, com base na literalidade do texto legal, a dívida será considerada extinta e o credor exonerado, da obrigação de devolver eventuais diferenças e valores referentes a

benfeitorias ao devedor, ficando o credor obrigado a conceder o termo de quitação ao devedor conforme disposto no art. 27 §5º e §6º 24 da Lei 9.514/1997.

Diante do exposto com base na literalidade da lei, Fábio Ulhoa apresenta entendimento que a dívida será extinta caso não se obtenha lance no segundo leilão:

Em relação à venda do bem objeto da garantia real, estabelece a lei que o imóvel só poderá ser vendido, no primeiro público leilão, se o maior lance for igual ou superior ao valor da coisa indicado em contrato. Não havendo tal lance, realiza-se o segundo público leilão, em que o imóvel será vendido apenas se o maior lance se igualar ou superar o valor do crédito garantido mais as despesas. Se ninguém fizer oferta nesse valor mínimo no segundo público leilão, o fiduciário se desobriga de vender o bem onerado e o fiduciante se exonera da obrigação em atraso (COELHO, 2012).

Portanto, após a realização dos leilões, a dívida ficará extinta e o credor deverá fornecer o termo de quitação da dívida, mesmo que no segundo leilão o maior lance seja inferior ao valor da dívida.

Com a quitação da dívida, o credor tem a opção de vender como quiser o imóvel, seja mediante venda direta, seja pela realização de novos leilões, mas também está extinto o direito de preferência do devedor, que somente poderia ter sido exercido até a data do segundo leilão.

Indubitavelmente, os preceitos legais de execução extrajudicial segundo os ditames da lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, está amparado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, no qual a todos é garantido o poder Judiciário quando houver lesão ou ameaça do direito conforme consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1998.

Neste contexto, Afrânio Carlos Camargos Dantzger esclarece quanto a constitucionalidade da execução extrajudicial:

Diversos argumentos são invocados em favor da constitucionalidade das disposições assecuratórias da cobrança extrajudicial das dívidas vinculadas ao sistema financeiro da habitação:

1º) não se impede, nem se proíbe, o acesso à via judicial;

2º) se há lesão de direito no caso, quem sofre é o credor por efeito do inadimplemento do devedor; e é a ele, credor, que a Lei faculta a escolha da via extrajudicial;

3º) ao devedor não é defeso buscar a via judicial em qualquer fase da execução extrajudicial (ou, acrescente-se, antes dela) não estando excluída, por conseguinte, a cognição pelo Poder judiciário);

4º) por último, responsabiliza o agente fiduciário que mediante comprovada má-fé, alienar imóvel pela via extrajudicial.¹³ (DANTZER, apud GOMES, 2020, p. 192).

Diante do exposto, a lei preserva a garantia do devido processo legal, visto que o procedimento de execução extrajudicial não priva o devedor inadimplente sem o devido processo legal, permitindo ao devedor que purgue a mora conforme previsto em lei.

Aduz Afrânio Carlos Camargos Dantzer sobre o equilíbrio entre a atuação do Estado e o indivíduo:

O Estado atua em busca de uma precisa finalidade, qual seja, a obtenção de recursos crescentes para a moradia – preocupação eminente social. Já o indivíduo, que aqui se personifica como o mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, tem liberdade de usufruir de planos habitacionais que são oferecidos pelo Estado a partir da obtenção de recursos, porém, tem igualmente a obrigação, na acepção jurídica do termo, de cumprir com o compromisso assumido, devendo honrar o contrato firmado, que faz lei entre as partes, velando pelo seu fiel cumprimento em todos os termos convencionados. (DANTZER, 2020, p.191).

Percebe-se que a execução extrajudicial é um fator que amplia o crédito, e tem sido o procedimento executório exercido em conformidade com o texto legal.

É sabido que o poder judiciário é moroso, então se todas as questões contratuais fossem decididas no âmbito judicial, certamente o crédito seria restringido e acarretaria o encarecimento do crédito, logo, prejuízo para toda a sociedade.

¹³ GOMES, Orlando, Direitos reais, p. 380.

6 OS EFEITOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM CASO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Descortina-se que a Lei de Falência e Recuperação Judicial, de nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, dispõe de forma expressa que o crédito do credor fiduciário de bem imóvel não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, e prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observadas a respectiva legislação (art. 49 § 3º da lei 11.101/2005).

Neste sentido, o referido instituto visa reforçar a garantia em empréstimos bancários, facilitando o acesso ao crédito.

Outrossim, conforme artigo 6º da Lei 11.101/2005, reza o legislador a suspensão do prazo do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Tatiana Bonatti Peres leciona que:

Por outro lado, a mesma Lei, veda a venda ou a retomada de posse do imóvel alienado fiduciariamente, quando este é essencial à atividade empresarial da devedora, a sociedade em recuperação judicial, durante o prazo de no máximo 180 (cento e oitenta) dias, a contar do deferimento do processamento da recuperação judicial, eu que fica suspenso o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, chamado de prazo de suspensão. (PERES, 2020, p. 156).

Sobre o tema, é importante mencionar o acórdão do STJ, 2 Seção, nos autos do CC 110.392/SP /j. em 24 de novembro de 2010, tendo como relator o Ministro Raul Araújo; registra-se:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.298.670 - MS (2011/0298999-3)
RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE: AGRENCO BIOENERGIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ÓLEOS E BIODIESEL LTDA ADVOGADA: LUCIEN FÁBIO FIEL PAVONI E OUTRO(S) RECORRIDO: GERVÁSIO ALVES DE OLIVEIRA JÚNIOR E OUTRO ADVOGADO: GERVASIO ALVES DE OLIVEIRA JUNIOR (EM CAUSA PRÓPRIA) E OUTRO EMENTA DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POSTERIOR AO PEDIDO. NÃO SUJEIÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO E A SEUS EFEITOS. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO NO JUÍZO COMUM. RESSALVA QUANTO A ATOS DE ALIENAÇÃO OU CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1.

Os créditos constituídos depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial estão excluídos do plano e de seus efeitos (art. 49, caput, da Lei n. 11.101/2005). Isso porque, "se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação" (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191). 2. Nesse diapasão, devem-se privilegiar os trabalhadores e os investidores que, durante a crise econômico-financeira, assumiram os riscos e proveram a recuperanda, viabilizando a continuidade de sua atividade empresarial, sempre tendo em mente que a notícia da crise acarreta inadvertidamente a retração do mercado para a sociedade em declínio.

Percebe-se que o objetivo é assegurar a permanência do bem junto à empresa até a aprovação do plano de recuperação judicial, ou seja, manter a atividade produtiva da sociedade ao menos até a votação do plano de recuperação judicial, aplicando-se o princípio da preservação da atividade econômica, princípio constitucional da função social da propriedade.

7 CONCLUSÃO

É sabido que em um mundo globalizado, o dinamismo do mundo dos negócios e do próprio direito nas relações da sociedade se faz necessária, a um enquadramento social que implica forçosamente em mudanças evidenciando a crucial necessidade de que o país evolua na sua maneira de interagir e que se adapte de modo a atender aos anseios e exigências existentes na sociedade.

Percebe-se que a alienação fiduciária de bens imóveis é modalidade de garantia de execução célere, tendo grande importância para o mercado imobiliário, dado que se processa por meios extrajudiciais.

A Lei de alienação fiduciária nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), com a finalidade de promover o financiamento imobiliário em geral.

Registra-se que a alienação fiduciária de bens imóveis foi instituída pela Lei Federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, com o objetivo de modernizar e agilizar os sistemas de garantia, sendo caracterizada pela transferência da propriedade resolúvel do devedor fiduciante ao credor fiduciário.

A lei de alienação fiduciária de bens imóveis dispõe que vencida a dívida e não paga, no todo ou em parte, o credor deverá notificar o devedor para que purgue a mora. Caso o devedor seja constituído em mora, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do credor fiduciário.

Entretanto, a lei impõe ao credor o ônus de, no prazo de trinta (30) dias, a contar da consolidação da propriedade, promover leilão público para a venda do imóvel.

Importante ressaltar que, caso o imóvel seja vendido no leilão, por lance superior ao valor da dívida, acrescido das despesas e demais encargos, o credor deverá satisfazer seu crédito com o produto da venda, devolvendo ao devedor a quantia que sobejar.

Ao contrário, no caso em que o imóvel for vendido por valor inferior ao da dívida garantida, o credor apropriar-se-á dos valores obtidos por meio da venda e outorgará ao devedor a quitação sobre o saldo remanescente, eximindo-o de seu pagamento.

Ainda, em caso de não haver compradores, o credor igualmente outorgará ao devedor a quitação da dívida, conservando a propriedade plena do imóvel que já foi consolidado em seu nome desde a não purgação da mora.

Nos termos da referida lei, a alienação fiduciária é de fácil e rápida constituição e execução, com garantia mais segura, célere e eficaz no ordenamento jurídico atual, tornando-se uma importante ferramenta de desjudicialização e andamento do sistema de justiça, já que o procedimento em caso de inadimplemento é extrajudicial, o que proporciona rápida execução.

Não restam dúvidas que a alienação fiduciária de imóvel em garantia, desempenha um papel de inegável importância para o fomento da oferta de crédito para operações de financiamentos imobiliários e operações financeiras com garantias imobiliárias, principalmente em razão dos mecanismos que lhe conferem eficácia e rapidez nos processos de recomposição das situações de mora.

Sendo assim, percebe-se que o objetivo do credor fiduciário ao realizar a aquisição de propriedade resolúvel, é, o de garantir a satisfação de seu direito creditório.

Outrossim, os preceitos legais de execução extrajudicial segundo os ditames da lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, está amparado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, no qual a todos é garantido o poder Judiciário quando houver lesão ou ameaça do direito conforme consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1998, portanto não há no que se falar em inconstitucionalidade de atos praticados na execução do bem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Texto constitucional de 05 de outubro de 1988. *In*: VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO RIDEEL. São Paulo: Rideel, 2019.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, 20 nov. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *In*: VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO RIDEEL. São Paulo: Rideel, 2019.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Registros Públicos. *In*: VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO RIDEEL, São Paulo: Rideel, 2019.

BRASIL. Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Institui a Lei de Falências e Recuperação de Empresas. *In*: VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO RIDEEL. São Paulo: Rideel, 2019.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Novo Código de Processo Civil. *In*: VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO RIDEEL. São Paulo: Rideel, 2019.

BRASIL. Lei nº. 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Brasília, 14 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm. Acesso em: 01 mar. 2020.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Claudio Luiz B. *et al.*; Cezar Peluso (Coord.). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. Barueri: Manole, 2007. 1084 p.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 380 p.

MAIRINK, Carlos Henrique Passos. *Alienação fiduciária de bens imóveis descomplicada*. Belo Horizonte: Camaik, ArteSam, 2010.

PEIXOTO, Ulisses Vieira Moreira. *Direito imobiliário: doutrina e prática*. 3.ed. Leme: JH Mizuno, 2020.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Código de processo civil anotado: OAB: anotações ao artigo 833*. Paraná: OAB, 2015. 1325 p.

SEGALLA, Alessandro *et al.*; PERES, Tatiana Bonatti; TERRA, Marcelo; DIAS, Jose Guilherme Gregori Siqueira (Coord.). *Alienação fiduciária de bem imóvel e outras garantias*. Indaiatuba: Foco, 2020. 464 p.

TARTUCE, Flávio. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

TAVARES, Zilda. *Código de defesa do consumidor e a alienação fiduciária imobiliária*. São Paulo: Método, 2005. 55 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil comentado: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade*. São Paulo, 2003. 351 p.