

Breves Considerações Sobre a Alienação Fiduciária de Bens Imóveis

CLÁUDIA CARDOSO DE MENEZES ¹

O instituto da alienação fiduciária é um direito real que está inserido dentro do direito de propriedade previsto nos artigos 1.361 ao 1.368-A do Código Civil, e se constitui na transferência ao credor da propriedade do bem garantidor, ficando o devedor com a posse direta do bem e, adimplido o contrato, o devedor retoma a posse do imóvel.

No caso de inadimplência, o credor reaverá a posse direta do bem, promovendo a execução da garantia.

Tal instituto tem origem no Direito Romano pela chamada *fiducia* que se caracterizava como um contrato de confiança, através do qual havia a transferência da posse do bem, mas com o intuito de proteção daquele e não de garantia de cumprimento de obrigações, devendo ser restituído à vontade do proprietário, denominando-se *fiducia cum amico*, posteriormente realizada como transferência da posse até o pagamento da dívida, e assim, denominada *fiducia cum creditore*.

A alienação com garantia fiduciária veio como resposta ao desatendimento da demanda do mercado de transações de bens móveis e imóveis de elevado valor comercial, traduzindo-se como uma alternativa a institutos como o penhor, a anticrese e a hipoteca que se perfazem por meio de procedimento de execução judicial e a morosidade própria da estrutura que servia como desestímulo à celebração de negócios dessa natureza.

¹ Juíza de Direito Titular do XII Juizado Especial Cível da Comarca da Capital.

Outros créditos passaram a perder a garantia de crédito, deixando de atender às expectativas do credor, surgindo a alienação como garantia eficaz ao negócio, utilizada no Brasil, especialmente, na securitização de créditos e garantia no direito imobiliário, neste último, a prática do mercado é a da celebração de contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária e se o bem é financiado, firma-se o contrato de financiamento com aquele pacto.

Quanto às partes no contrato e sua utilização em outros negócios jurídicos, Silvio de Salvo Venosa esclarece que “ao contrário de outras modalidades do sistema, o legislador expressamente possibilitou qualquer pessoa física ou jurídica contratá-la, não sendo privativa das entidades que operam o Sistema Financeiro Imobiliário (art. 22, parágrafo único, agora com nova redação dada pela Medida Provisória nº 221/2004). Desse modo, constrói-se mais um mecanismo jurídico fomentador da alienação de imóveis, com estrutura simplificada cuja tendência será substituir em muitas oportunidades a hipoteca e o compromisso de compra e venda. Dúvida era saber se essa modalidade de negócio pode garantir qualquer negócio jurídico, uma vez que a lei não faz restrição. Em princípio, embora o instituto tenha sido criado com a finalidade de aquisição de imóveis, nada impedirá que a garantia fiduciária seja utilizada para outros negócios paralelos, pois não existe proibição na lei”.

A Lei nº 9.514/97 regulamentou a alienação fiduciária e a conceituou em seu artigo 22 como sendo “*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*”.

A Lei nº 9.514/97, alterada pela MP 2.223/01 e pela Lei 10.931/04, instituiu essa modalidade de garantia real, denominada propriedade fiduciária que até esse momento era aplicada, tão somente, a bens móveis adquiridos mediante financiamento.

Como em qualquer negócio jurídico, existem os elementos e requisitos para a validade do contrato, como o agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104, Código Civil).

Os sujeitos do contrato são: o comprador, vendedor, garante e financiador. A capacidade aqui é entendida como aquela relativa à de contrair

obrigações e de dispor livremente dos seus bens. O objeto é o bem móvel e a coisa futura. Quanto à forma, a sua contratação deverá se dar por escrito, através de documento público ou particular, devendo conter os requisitos previstos no art. 24 do Lei nº 9.514/97: I - o valor do principal da dívida; II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; III - a taxa de juros e os encargos incidentes; IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; VII - a cláusula dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27 (procedimentos de leilão do imóvel, quando inadimplente o devedor) e no contrato caberá, ainda, ser prevista as penalidades da mora, procedimentos de intimação para abertura de oportunidade para a purgação da mora, como se dará a convalidação da propriedade ao credor, os valores a serem considerados nos leilões, as condições de restituição, a previsão da taxa de ocupação, a contratação de seguros e demais previsões necessárias ao negócio.

Como contrato bilateral, as partes se obrigam ao cumprimento de determinadas obrigações e direitos recíprocos. Quanto ao fiduciante cabe obter a propriedade plena pós o resgate da dívida, exercer o uso e fruir do imóvel, mover as competentes ações possessórias, praticar os atos conservatórios do bem e receber o saldo do leilão, obrigando-se, por seu turno, a adimplir a dívida e seus acessórios, pagar o IPTU, contribuições condominiais e demais encargos do imóvel e responder civilmente perante terceiros.

De outro giro, cabe ao fiduciário receber seu crédito, apropriar-se do produto da venda do imóvel, ressalvada a devolução do crédito remanescente à dívida ao fiduciante, consolidar a propriedade em seu nome, mover ação de reivindicação e ações possessórias e reintegração de posse do imóvel, após a consolidação, obrigando-se a respeitar a posse direta do fiduciante, liberar a garantia fiduciária até 30 dias após receber seu crédito,

sob pena de multa, promover sua notificação e demais atos de cobrança e leilão de acordo com a lei, colocar o imóvel à venda, depois da consolidação, por meio de dois leilões públicos e devolver ao fiduciante o saldo apurado na venda do imóvel.

A alienação fiduciária é um contrato que confere segurança ao credor quanto a obtenção de seu crédito de forma mais célere que na hipótese de garantia hipotecária, pela possibilidade do procedimento de cobrança extrajudicial.

Configurada a inadimplência do devedor, o credor poderá, automaticamente, se tornar o possuidor direto, já na hipoteca a propriedade e posse permanecem no patrimônio do devedor, e na inadimplência deverá ser ajuizada a competente ação judicial de execução objetivando a penhora do bem e a sua posterior alienação em hasta pública.

Ademais, o credor na alienação fiduciária não se submete aos inconvenientes da existência de múltiplas hipotecas gravando um mesmo bem, ou no caso da falência o bem hipotecado é integrado à massa falida, situações essas que podem comprometer o recebimento do crédito, quanto a este último o art. 36, § 4º, da Lei 6.024/74, dispõe que: “§ 4º Não são igualmente atingidos pela indisponibilidade os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão de direito, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência.

Com efeito, a cobrança pela via extrajudicial é mais ágil para a satisfação do credor, sendo que, no caso da alienação fiduciária, a Lei nº 9.514/97 nos artigos 26 e 27, prevê a execução extrajudicial da garantia, prescrevendo os procedimentos de cobrança e leilão do bem objeto do contrato.

Inicia-se o procedimento com a intimação do devedor para a purga da mora, após o cumprimento da carência prevista no contrato.

A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial

de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento (Art. 26 § 3º, Lei nº 9.514/97). Essa intimação deve pessoal ao devedor e o seu descumprimento gera a nulidade do procedimento, traduzindo-se em condição essencial, sendo ressalvada a hipótese legal de intimação por edital, desde que o devedor se encontre em local incerto e não sabido. Neste diapasão, mesmo não estando prevista na lei, quando o devedor se esquiva em receber a intimação, existe a possibilidade de mover a notificação judicial, citando o devedor “por hora certa”. Por oportuno, deve ser frisado que o cônjuge do devedor, também, deverá ser intimado. No caso de purga da mora, convalidará o contrato, e no caso de ausência da purgação da mora, “*o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá, à vista da prova do pagamento, pelo fiduciário, do imposto de transmissão inter vivos, e se for o caso, do laudêmio*” (Art. 26 § 7º, Lei nº 9.514/97).

Com a consolidação da propriedade do credor, será o bem posto a venda em leilão no prazo de 30 dias, sendo que o primeiro leilão deverá ser efetivado levando-se conta como preço mínimo aquele constante do contrato e frustrado o leilão será realizado o segundo, em que será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais, entendendo-se dívida como o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais e, como despesas, a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro (art. 27, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.514/97).

Realizado leilão, exonera-se o devedor pelo saldo remanescente, sendo assegurado ao fiduciário e seus sucessores, inclusive ao adquirente do imóvel, promover a reintegração de posse que será concedida em caráter liminar para desocupação em sessenta dias, desde que haja a comprova-

ção da propriedade em nome daquele. Assim, são quatro as possibilidades de solução do leilão extrajudicial do imóvel: a) a ausência de arrematação nos dois leilões, consolidando-se a propriedade e a posse plena na figura do fiduciante; b) a arrematação no primeiro leilão no valor estipulado no contrato, restituindo eventual saldo; c) a arrematação no segundo leilão pelo valor da dívida mais encargos – revela-se, por vezes, um problema para o credor e para os eventuais credores do devedor já que o bem poderá ser arrematado por preço muito inferior ao seu valor de mercado; d) o fiduciante poderá purgar a mora antes do auto de arrematação, resolvendo a propriedade do fiduciário.

O fiduciário, após a consolidação de sua propriedade, ou o arrematante do imóvel em leilão, possui legitimidade ativa para propor ação de reintegração de posse. E em recente julgado o Eg. Superior Tribunal de Justiça decidiu que os encargos incidentes sobre o imóvel, caso não estejam previstos no edital do leilão, não são devidos pelo arrematante (REsp 1.092.605-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 28/6/2011). Acrescente-se que o Eg. STJ já se posicionou no sentido de que as despesas relativas ao imóvel arrematado são de responsabilidade do adquirente, conforme elucida a ementa abaixo transcrita:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - CONDOMÍNIO - TAXAS CONDOMINIAIS - LEGITIMIDADE PASSIVA - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - ADQUIRENTE - RECURSO NÃO CONHECIDO.

1 - Na linha da orientação adotada por esta Corte, o adquirente, em alienação fiduciária, responde pelos encargos condominiais incidentes sobre o imóvel, ainda que anteriores à aquisição, tendo em vista a natureza *propter rem* das cotas condominiais.

2 - Recurso não conhecido.”

(REsp 827.085/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2006, DJ 22/05/2006, p. 219)

Por seu turno, o fiduciante, na constância do contrato, poderá intentar todas as ações possessórias admitidas em lei para proteger a posse do bem, inclusive contra o fiduciário, mas como bem decidiu o Eg. STJ, no caso de ser configurada a inadimplência, inexistente o título de posse, conforme ementa a seguir colacionada:

“PROCESSUAL CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. USO DA AÇÃO POSSESSÓRIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PROCESSUAL. O DEVEDOR ALIENANTE FICA SEM TÍTULO DE POSSE, UMA VEZ RESOLVIDO O CONTRATO, POR INADIMPLÊNCIA, SEGUNDO CLÁUSULA EXPRESA, INCORRENDO EM ESBULHO, A JUSTIFICAR O USO PELO PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.”

(REsp 20.168/RJ, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/1992, DJ 25/05/1992, p. 7397)

Existe, ainda, a possibilidade de mover ação de cumprimento de obrigação de fazer pelo fiduciante, seu cessionário ou sucessor contra o fiduciário, podendo ser instituída multa mensal de 0,5% sobre o valor do contrato para o caso de mora na entrega do imóvel. Subsiste, ainda, a possibilidade de ajuizamento de ação para a prestação de contas do leilão, verificando-se a certeza do cálculo e a eventualidade de saldo remanescente. O julgado abaixo do Eg. Tribunal de Justiça deste Estado traz um exemplo de prestação de contas em leilão de bem móvel, no caso, um caminhão, podendo ser aplicado ao caso de alienação de bem imóvel, pois não existe incompatibilidade nesta medida:

“APELAÇÃO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. DIREITO DE EXIGIR CONTAS. A prestação de contas tem como escopo liquidar o relacio-

namento jurídico existente entre as partes no seu aspecto econômico, de tal modo que, afinal, se determine, com precisão, a existência ou não de saldo; fixando, no caso positivo, o seu montante, com efeito de condenação judicial contra a parte que se qualifica como devedora. *In casu*, o apelado rechaça o saldo remanescente da alienação do veículo outrora objeto do contrato de financiamento ajustado entre as partes, sustentando, inicialmente, que o preço de venda apontado pelo apelante não se coaduna com o preço do automóvel de acordo com a tabela FIPE. Aduz que não houve comprovação do valor pelo qual a parte ré alienou o veículo e que o contrato firmado entre as partes encontrava-se eivado de cláusulas abusivas, o que influencia o saldo a ser devolvido à parte autora. A *quaestio* versa sobre a existência ou não do direito de exigir contas da parte autora. Na presente hipótese, o douto sentenciante julgou procedente a pretensão autoral, condenando a parte ré a prestar contas, sob o fundamento de que o documento de fls. 26, produzido unilateralmente pela parte ré, não tem o condão de comprovar o preço pelo qual o automóvel foi alienado, a fim de que a parte autora possa considerar as contas apresentadas pela parte ré corretas ou não. De fato, o documento ora examinado não se encontra apto a corroborar as alegações da parte ré, qual seja, de que o bem foi vendido por R\$ 22.680,00, sendo certo que a mera apresentação de nota fiscal, no caso de venda para particular, ou do auto de arrematação, na hipótese de leilão judicial, cancelaria o preço apresentado pelo apelante. Registre-se, por óbvio, que a dúvida que paira sobre o montante da alienação influencia diretamente no saldo remanescente a ser percebido pela parte autora. Logo, incontestado o direito do apelado à prestação de contas. Recurso a que se nega seguimento.” (TJRJ - 0002052-04.2009.8.19.0016 – APELAÇÃO - DES. RENATA COTTA - Julgamento: 19/07/2011 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL)

Vale esclarecer que o contrato de alienação fiduciária de bem imóvel está, em geral, vinculado a um contrato de adesão e, após a edição da Lei nº 8.078/90, restou passível de revisão as cláusulas consideradas abusivas, firmando-se o Eg. STJ pela sua aplicação, conforme exemplos a seguir:

“COMERCIAL - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - PERDA DO VALOR DAS PRESTAÇÕES - VALOR DAS PRESTAÇÕES - (CLÁUSULA ABUSIVA) - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 51 E 53 DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.

I - NA EXEGESE DOS ARTS. 51 E 53 DO CODIGO DO CONSUMIDOR SÃO ABUSIVAS AS CLÁUSULAS QUE, EM CONTRATO DE NATUREZA ADESIVA, ESTABELEÇAM, RESCINDIDO ESTE, TENHA O PROMISSÁRIO COMPRADOR QUE DEVOLVER AS PRESTAÇÕES PAGAS, SEM QUE DO NEGOCIO TENHA AUFERIDO QUALQUER VANTAGEM.

II - RECURSO NÃO CONHECIDO.”

(REsp 59.494/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/04/1996, DJ 01/07/1996, p. 24048)

“Esta Corte entende aplicável o CDC aos contratos de mútuo para aquisição de imóvel, da mesma forma que os demais contratos de financiamento bancário RESP 213.825/RS, 27/11/2000, Min. Barros Monteiro; e RESP 299.171/MS, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DL 10/09/2001.”

Ao longo da exposição, depreendemos a grande importância que este negócio jurídico vem tomando no mercado imobiliário, por representar meio real de garantia, possibilitando a satisfação do crédito e a venda extrajudicial do bem, trazendo, assim, maior celeridade, evitando o ajuizamento de inúmeras demandas e o assoberbamento do Poder Judiciário. ♦

REFERÊNCIAS

VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil: direitos reais**, 6. ed., Editora Atlas, 2006.

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm