

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS
E CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI Nº 9.514/97.

LIV MACHADO

Mestranda em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogada. Pós-graduada em Direito Empresarial pela COGEAE/PUC/SP.

Área do Direito: Comercial; Bancário; Civil.

Resumo: O presente artigo tem por escopo tratar sobre o instituto da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel prevista Lei nº 9.514 de 1997, abordando seus requisitos, formas de extinção, venda em leilão público e suas consequências. Mostrar-se-á que este procedimento para a retomada do bem pelo credor é mais célere, o que diferencia o mencionado direito real de garantia dos demais.

Palavras-chaves: alienação fiduciária de bens imóveis; propriedade fiduciária; Lei nº 9.514/97.

Abstract: The purpose of this article is to examine fiduciary assignment for the guarantee of real state the article ruled by Law n 9,514/94, the requirements, termination, public auction sale and consequences of such institute. The procedure to recover the asset by the creditor is faster than others, which differentiates fiduciary assignment for the guarantee of real state.

Keywords: fiduciary assignment for the guarantee of real state; trust property; Law n. 9.514/97.

Sumário: 1. Introdução – 2. Os direitos reais de garantia. A crise da hipoteca – 3. A alienação fiduciária de bens imóveis e a Lei 9.514/97 – 4. Extinção da alienação fiduciária por adimplemento contratual – 5. Inadimplemento do devedor – 6. Leilão – 7. Cessão do Crédito – 8. Arbitragem 9. Conclusão.

1. Introdução

A Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, denominada Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário (Lei do SFI), trouxe instrumentos para propiciar a

consolidação do mercado de imóveis no Brasil, fornecendo maiores condições para desenvolvimento do setor no país, dentre eles a alienação fiduciária.

A inserção deste instituto no sistema jurídico brasileiro foi um dos pontos mais relevantes da Lei, que buscou regulamentar e conferir maior celeridade nas relações entre financiadores e financiados do setor imobiliário, e, por via de consequência, facilitou o acesso às garantias reais por meio da consolidação extrajudicial da propriedade e tornando mais atrativo o direcionamento de novos recursos para esse mercado.

Nesse contexto, o presente artigo buscará analisar os procedimentos e consequências do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel previstos na Lei 9.514/97.

2. Os direitos reais de garantia. A crise da hipoteca.

Os direitos de penhor, hipoteca e anticrese são direitos reais de garantia, utilizados para o cumprimento da obrigação. Nos termos do artigo 1.419 do Código Civil, o bem do devedor, separado e determinado, é dado em garantia e fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

Conforme esclarece Arnaldo Wald, “A noção fundamental dos direitos reais de garantia repousa na ideia de vinculação de certo bem do devedor aos pagamentos da dívida, sem, todavia, conferir ao credor a fruição da coisa. E ainda que, em determinados casos, tenha o credor a posse da coisa dada em garantia, não tem sua renda (penhor) ou seu rendimento é destinado especificamente à liquidação da obrigação garantida¹”.

A regra geral é a de que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas. E os direitos de garantia referidos estabelecem a individualização do patrimônio que responderá preferencialmente pela dívida. Nos direitos reais de garantia, o bem permanece na propriedade e fruição do devedor, de modo que sua constituição tem o condão apenas de garantir a especialidade da garantia.

A manutenção do bem no patrimônio do devedor o sujeita ao concurso de credores, seja em hipótese de falência do devedor, seja à penhora em execuções individuais manejadas pelos demais credores.

¹ Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. Revista de Direito Imobiliário - v. 24 n. 51 jul./ dez. 2001, p. 260.

Conforme já observava José Carlos Moreira Alves “A partir, precipuamente, do século passado, se tem sentido, cada vez mais, a necessidade da criação de novas garantias reais para a proteção do direito de crédito. As 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, e pela superposição a elas de privilégios em favor de certas pessoas, especialmente o Estado²”.

Especificamente em relação aos negócios imobiliários, usualmente eram garantidos por hipoteca, cuja execução se dava por execução que se alongava no tempo, trazendo insegurança em relação à concessão do crédito. É nesse cenário que a Lei 9.514/97 foi editada.

3. A alienação fiduciária de bens imóveis e a Lei 9.514/97

A Lei nº 9.514, de 20 de Novembro de 1997, instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário, disciplinando o regime jurídico da alienação fiduciária de bens imóveis.

Por meio da edição da Lei 9.514/1997, como observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, o legislador buscou “criar meios mais céleres para o credor fiduciário recuperar seu crédito, em substituição ao Sistema Financeiro de Habitação, no qual preponderava a execução da garantia hipotecária, que perdeu a credibilidade em razão de gerar um processo judicial extremamente demorado e oneroso que inviabilizava a própria concessão do crédito habitacional³”.

O artigo 22 da Lei nº 9514/97, estatui que: “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”.

Conforme leciona Maria Helena Diniz “Trata-se, portanto, de um negócio jurídico uno, embora composto de duas relações jurídicas: uma obrigacional, que se expressa no débito contraído, e outra real, representada pela garantia, que é um ato de alienação

² Alienação fiduciária em garantia. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, p. 38.

³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

temporária ou transitória, uma vez que o fiduciário recebe o bem não para tê-lo como próprio, mas com o fim de restituí-lo com o pagamento da dívida⁴”.

Conforme a redação da Lei (artigo 22 e 23) há a transferência ao credor do domínio resolúvel e da posse indireta do imóvel alienado, tornando-se o devedor o possuidor direto do bem imóvel. O devedor fiduciante somente passará a ser proprietário pleno do imóvel a partir do pagamento integral da dívida, enquanto o credor é titular do direito real pleno de propriedade, ainda que limitado⁵. Reside nesse aspecto a maior diferença em relação às demais garantias reais, que se constituem sobre direito alheio, enquanto a propriedade fiduciária é constituída sobre coisa própria.

Destaque-se, conforme observa Arnaldo Wald que “a alienação de bens imóveis caracteriza-se pela transitoriedade e temporariedade, uma vez que a propriedade é transferida ao credor (fiduciário), até que a dívida seja paga pelo devedor (fiduciante), não havendo a intenção de se manter a propriedade do fiduciário, mas, tão somente, de lhe servir de garantia⁶”. O devedor ao celebrar o negócio, tem por intento a recuperação do domínio do bem alienado em garantia, mediante o cumprimento da obrigação.

Isto quer dizer que enquanto não saldada a dívida o imóvel não integrará o patrimônio do devedor, não se sujeitando, portanto, à eventual concurso de credores em eventual cenário de falência do devedor pessoa jurídica.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo⁷, “com a alienação fiduciária o credor torna-se efetivamente titular do domínio sobre a coisa objeto da garantia, a qual permanece no seu domínio até o pagamento total da dívida. Através dessa modalidade de garantia, incide uma afetação no patrimônio, o qual não sofre os efeitos de eventual insolvência do devedor, ficando, pois, fora da massa falida”.

Caso seja deferido o processamento de recuperação judicial do devedor, passados os 180 dias de que tratam de que tratam o §4^{o8} do artigo 6^o e o §3^{o9} do artigo 49 da Lei

⁴ Curso de direito civil brasileiro, v. 4: direito das coisas/Maria Helena Diniz – 20 ed. Ver. E atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n 6.960/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004), p. 571.

⁵ Op. Cit. p. 261.

⁶ Op. Cit., p. 261.

⁷ Contratos de Crédito Bancário, 6^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 225.

⁸ “Art. 6^o A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 4^o Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o **caput** deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento

11.101/2005, não há impedimentos para a consolidação da propriedade fiduciária pelo credor, na medida em que o credor titular da posição de proprietário fiduciária não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial¹⁰.

Além disso, não se mostra possível a penhora do bem imóvel em decorrência de outras dívidas, pois enquanto alienado fiduciariamente não integra o patrimônio do devedor. Contudo, nada impede que os direitos do devedor fiduciante sejam penhorados, como é o caso da expectativa do devedor fiduciante em consolidar a propriedade do bem objeto de contrato de alienação fiduciária.

Aqui, é pertinente transcrever a lição do autor João Roberto Parizatto “Admissível, contudo, é a constrição judicial dos meros direitos do devedor fiduciante (RT 587/118). Tais direitos, só serão adquiridos após a extinção da dívida, quando o bem alienado fiduciariamente passará de fato a pertencer ao devedor fiduciante¹¹”.

Na mesma linha, Paulo Restiffe Neto preleciona que: “Em conseqüência, não pode incidir, por exemplo, penhora sobre a coisa em execução contra o fiduciante. Este não é proprietário do bem, mas apenas possuidor, com responsabilidade de depositário. Possui

da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial”.

⁹ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

¹⁰ Nesse passo, mostra-se pertinente trazer à baila precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nesse mesmo sentido:

“Contrato de financiamento imobiliário, com constituição de alienação fiduciária em garantia sobre bem imóvel - Inadimplemento - Consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário - Leilão extrajudicial - Ajuizamento de ação de manutenção de posse pela devedora – Concessão de liminar, para manter a devedora na posse do bem, com suspensão do leilão agendado para a venda do imóvel - Inadmissibilidade - Hipótese em que houve consolidação da propriedade do imóvel a favor do agravante - Crédito que não se submete aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05) - Agravo parcialmente conhecido e provido”. (TJ/SP. AI 0106496-05.2013.8.26.0000. 29ª Câmara de Direito Privado. Relatora Silvia Rocha. Julgado em 28/08/2013).

“Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Cédula de crédito bancária. Contrato de constituição de alienação fiduciária em garantia sobre bem imóvel. Crédito que não se submete aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 3º, da LRF). Consolidação da propriedade do imóvel dado em garantia em favor do agravado. Decisão mantida. Agravo a que se nega provimento”. (TJ/SP. AI 0224457-98.2012.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator . Pereira Calças. Julgado em 13/11/2012).

¹¹ Da Penhora e da Impenhorabilidade de Bens, Ed. LED, 1998, pág. 61.

apenas o direito atual à posse direta e expectativa do direito futuro à reversão, em caso de pagamento da totalidade da dívida garantida, ou ao eventual saldo excedente, em caso de mora propiciadora da excussão por parte do credor. Logo, qualquer penhora só poderia eficazmente recair sobre eventuais direitos do fiduciante¹².”.

Nesse diapasão, já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONTRATO. DIREITOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 655, XI, DO CPC. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. "O bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constrictos." (REsp 679821/DF, Rel. Min. Felix Fisher, Quinta Turma, unânime, DJ 17/12/2004 p. 594) 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1171341/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 14/12/2011).

Destarte, tendo em vista que imóvel é destacado do patrimônio do devedor, o fato de não estar sujeito à disputa entre credores, resguardando o credor fiduciário, e portanto, mostrando-se a propriedade fiduciária mais vantajosa que a hipoteca. Isto porque na hipoteca, o imóvel compõe o patrimônio do devedor, estando sujeito à disputa entre credores.

Tendo em vistas essas características, como ressalta Melhim Namem Chalhub, “alienação fiduciária cumpre à risca o papel para o qual foi desenvolvida, propiciando elevado grau de eficiência na recomposição do fluxo de pagamento dos empréstimos imobiliários, o que reduz incertezas, elimina a maior parte dos custos de transação presentes nos contratos garantidos por hipoteca e contribui para a diminuição dos riscos do crédito imobiliário¹³”.

É pertinente destacar que o parágrafo primeiro do artigo 22 da Lei 9.514/97 estatui que: “A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: (Parágrafo com redação dada pela Lei nº 11.481, de 31.05.2007 - DOU 31.05.2007)”.

¹² Garantia Fiduciária, Ed. RT, p. 130

¹³ Os 15 anos de um instituto inovador. Revista do SFI nº 36, página 26.

É possível a celebração de contrato de alienação fiduciária por qualquer pessoa física ou jurídica, não sendo limitada à aquisição de imóveis, podendo ser instituída a garantia fiduciária em outros negócios que não sejam imobiliários. Conforme observa Melhim Namem Chalhub “com a generalização, o legislador deixa clara sua intenção de dotar o setor imobiliário, em toda a sua amplitude, de um novo instrumento para dinamização de suas atividades, em atenção à sua função multiplicadora na economia e à sua capacidade de geração de empregos em larga escala e, em especial, viabilizar o funcionamento do mercado secundário de créditos imobiliários¹⁴”.

A despeito de o contrato de alienação fiduciária ter por escopo facilitar os meios para o pagamento dos valores devidos por meio da garantia da propriedade fiduciária, é possível que a dívida seja revestida de outras garantias, como a fiança, no contrato principal, ou o aval, em título a este vinculado. E, conforme estatui o artigo 31 da Lei, o fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária.

A Lei 9.514/97 não proíbe que haja constituição de garantia por terceiro que não integre a relação de crédito existente entre credor e devedor. A esse respeito, observa Cândido Rangel Dinamarco: “(...) o dono do imóvel, sendo-lhe lícito vendê-lo e sendo-lhe também consentido dá-lo em garantia real, tem a plena liberdade, integrante do próprio direito de domínio de que é titular, de ofertá-lo em alienação fiduciária. A eventual e futura consolidação do domínio do credor-fiduciário sobre o bem, com extinção do seu, é uma inerência do risco a que se expõe e que lhe é lícito assumir, precisamente porque dono¹⁵”.

Cumpra observar que é aplicável à alienação fiduciária de imóveis a súmula 28 do Superior Tribunal de Justiça que prevê que “O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”¹⁶.

Na sequência, o § 1º do artigo 22 dispõe que poderão ser objeto do contrato de alienação fiduciária, além da propriedade plena: (i) bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no

¹⁴ CHALHUB, Melhim Namem. Fidúcia no sistema de garantias reais. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Maio/ago. 1998, v. 2, p. 202/203.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel Alienação fiduciária de bens imóveis Revista de Direito Imobiliário - v. 24 n. 51 jul./ dez. 2001 São Paulo : Revista dos Tribunais , 2001. p. 236.

¹⁶ Nesse sentido: Arnaldo Wald, Op. Cit. p. 262.

fiduciário; (ii) o direito de uso especial para fins de moradia; (iii) o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; (iv) a propriedade superficiária. E no parágrafo 2º, assenta que: “Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do parágrafo primeiro deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

Há que se destacar que, no termos do *caput* do artigo 23, constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. O contrato desprovido de registro terá efeitos obrigacionais apenas em relação às partes, não sendo dotada de efeito *erga omnes*.

O artigo 24 da Lei enumera os requisitos que deve conter o contrato que servirá de título para a alienação fiduciária: (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.

O artigo 27 da Lei trata do procedimento do leilão do imóvel, uma vez consolidada a propriedade. Conforme observa Silvio de Salvo Venosa “O legislador preferiu exigir que requisitos de ordem material e procedimental da alienação fiduciária constantes da lei sejam expressamente transcritos nos contratos para possibilitar o registro, evitando, assim, possíveis dúvidas interpretativas¹⁷”.

4. Extinção da alienação fiduciária por adimplemento contratual

De acordo com o artigo 25 da Lei, com o pagamento da dívida e seus encargos (obrigação principal originária), resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel. Ainda de acordo com o mesmo dispositivo, em até 30 (trinta) dias, contados da data da liquidação da dívida, o credor fica obrigado a outorgar o “termo de quitação” (sob pena de multa),

¹⁷ Direito Civil: direitos reais. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007 – Coleção direito civil, v. 5, p. 382.

que deverá ser levado à registro no Cartório do Registro de Imóveis, cancelando-se, assim, o registro da propriedade fiduciária.

5. Inadimplemento do Devedor

Ao contrário, não sendo paga a dívida pelo devedor, nos termos do artigo 26 da Lei nº 9514/97 consolidar-se-á propriedade do imóvel em nome do fiduciário. Para tanto, o devedor deverá ser intimado para purgar a mora, nos termos do § 1º do aludido dispositivo: “Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.”

Cumprir observar, nesse ponto, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já reconheceu a possibilidade de purga da mora após o prazo legal de 15 dias previsto na Lei, por meio de consignação do valor em juízo, sob o entendimento de se privilegiar o direito à moradia:

“CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INTIMAÇÃO PESSOAL. CONFIGURAÇÃO DA MORA. POSSIBILIDADE DE PURGAÇÃO APÓS O PRAZO PREVISTO NA LEI 9.514/97.

1. Apesar de ultrapassado o prazo de quinze dias previsto na Lei 9.514/97, contados da intimação pessoal para purgação da mora, o saldo devedor foi depositado em juízo, após tentativas frustradas de quitação administrativa da dívida. 2. Depois, a tutela antecipada obtida impediu a averbação da consolidação da propriedade em mãos do agente fiduciário e o envio do imóvel a leilão. 3. Assim, ainda que o credor tenha recolhido o ITBI, temos que é caso de privilegiar o direito constitucional de moradia dos mutuários que, embora permanecessem inadimplente após intimação para pagamento, purgaram a mora, judicialmente, antes que a consolidação da propriedade em favor do credor ocorresse. 4. Recurso provido para reconhecer a validade da purgação da mora e reconhecer a quitação das parcelas depositadas nos autos, para fins de restabelecimento do contrato de financiamento celebrado entre as partes”.(TJ-SP - APL:

1045170420108260100 SP 0104517-04.2010.8.26.0100, Relator: Melo Colombi, Data de Julgamento: 27/06/2012, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/06/2012)

Uma vez purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária, conforme previsão do § 5º do artigo 26. E, conforme estabelece o § 8º, “Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso, do laudêmio”.

6. Leilão

Inicialmente, cumpre salientar que, de acordo com o teor do §8º do artigo 26, “O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27”.

Conforme disciplina o artigo 27, caput, do mencionado diploma, uma vez consolidada a propriedade em nome do credor, o leilão público para a alienação do imóvel deverá ser realizado no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que se efetivou o registro da propriedade em nome do credor da obrigação, ou seja, do registro mencionado no §7º do artigo 26.¹⁸

O §1º do artigo 27 menciona que será realizado o primeiro leilão e, na hipótese de o maior lance oferecido não atingir o valor do imóvel, será realizado um segundo leilão nos próximos 15 (quinze) dias. Neste segundo leilão, para se efetivar qualquer venda, o maior lance oferecido deverá ser igual ou superior ao valor da dívida, somando-se a este aqueles referentes às despesas, prêmios de seguro, encargos legais, tributos e contribuições condominiais. O §3º define 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 despesas como “a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à

¹⁸ Op. cit., p. 383.

realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.”¹⁹

Silvio de Salvo Venosa, fazendo a ressalva de que, embora a lei nada verse sobre, entende que o próprio credor poderá participar do leilão, ofertando lances como qualquer terceiro, visando à manutenção do bem sob sua propriedade, mas, dessa maneira, obedecendo-se o requisito do leilão público obrigatório. O autor, ainda, adverte: caso o lance do devedor seja igual ao lance ofertado por qualquer outro interessado, deverá prevalecer o lance do devedor, que poderá ficar com o imóvel.²⁰

Uma vez realizada a venda do imóvel no segundo público leilão, por valor superior à dívida e às despesas, o credor deverá entregar, dentro dos cinco dias subsequentes à venda, o saldo remanescente, o que importará em recíproca quitação. Vale frisar que o artigo §4º da Lei no 9.514 de 1997 afastou a aplicação do antigo artigo 516 do Código Civil de 1916, atual artigo 1.219 do Código Civil, de modo que não caberá ao fiduciante o direito de indenização sobre as benfeitorias necessárias e úteis, nem o direito de retenção sobre as mesmas.

Sobre o tema pronuncia-se Mario Pazutti Mezzari:”A retenção do imóvel por benfeitoria e/ou o pedido de indenização poderia truncar o livre andamento do processo de rescisão e de liquidação do contrato de alienação fiduciária. Especialmente na fase final, quando o legislador visou criar rapidez por meio de procedimentos novos. Consciente do risco que a retenção traria à pretendida celeridade na execução da garantia, a Lei n. 9.514/97 pretende ter criado novos mecanismos que afastem essa ameaça, ao estipular nos §§4º e 5º do art. 27, que a entrega ao devedor dos valores que sobejarem à dívida e demais encargos, após a realização do leilão, implicará a plena, justa e satisfatória indenização das benfeitorias, e a quitação por todos os valores que o devedor já tenha pago. E afastou expressamente a incidência da parte final do disposto no art. 516 (atual 1.219) do Código Civil, vale dizer, exatamente o que cria o direito de retenção²¹”.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já manifestou o entendimento de que a benfeitoria deve ser indenizada, independente do valor

¹⁹ Ibid.

²⁰ Op. cit.

²¹ MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação Fiduciária da Lei n. 9.514, de 20-11-1997*, p. 80.

remanescente a ser devolvido para o devedor quando da venda do imóvel, exatamente para se vedar o enriquecimento ilícito²².

Quando não for atingido no segundo leilão o valor referido no §2º, o credor poderá se manter na propriedade do imóvel, obrigando-se a dar quitação ao devedor em relação à dívida e se desonerando de cumprir o que disciplina no §4º. Tal quitação, segundo o §6º, deverá ser dada no prazo de 5 (cinco) dias a contar da data da realização do segundo leilão.

Para Silvio Venosa, “O credor deverá dar quitação da dívida, em cinco dias do segundo leilão. Se houver crédito ainda em favor do credor, este poderá valer-se dos meios ordinários de cobrança, levando-se em consideração os princípios do enriquecimento sem causa, utilizando-se dessa ação residual.”

O §7º traz a hipótese de o imóvel estar locado, oportunidade em que a locação poderá ser denunciada com prazo de 30 (trinta) dias para desocupação, salvo no caso de o fiduciário haver anuído, por escrito, em realizar a denúncia da locação com 90 (noventa) dias contados da data da consolidação da propriedade fiduciária, devendo tais disposições estar expressas cláusula contratual específica.

O §8º adverte que o fiduciário fica responsável pelos impostos e encargos relacionados ao imóvel, desonerando o fiduciário de tais obrigações até que este esteja imitado na posse do imóvel, a partir de quando este último ficará responsável pelo pagamento dos impostos e encargos mencionados neste parágrafo.

Imperioso mencionar que o artigo 37-A da Lei 9.514/97 prevê que o fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por

²² COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - RESCISÃO - RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS PREVALÊNCIA DAS REGRAS CONTIDAS NO ART. 27, §§ 4º, 5º E 6º, DA LEI Nº 9.514/97 AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 53 DO CPC. Na dicção do art. 27, § 4º da Lei nº 9.514/97, somente haverá restituição de valores se a venda do imóvel no leilão for superior ao valor da dívida. Hipótese de ausência de interessados nos leilões realizados, com quitação da dívida dada pela credora. Valor excedente não demonstrado. BENFEITORIAS. Indenização pelo valor das benfeitorias realizadas no imóvel. Vedação de enriquecimento indevido.- No caso, frustrados os leilões realizados em razão da ausência de interessados em arrematar o imóvel, o credor deu ao devedor a quitação da dívida, em cumprimento ao que determina o § 6º do art. 27 da Lei 9.514/97 (fls. 318/319). Desta forma, não há que se falar em devolução do montante pago, porque não comprovado valor excedente a ser restituído ao devedor fiduciante, conforme as regras dos parágrafos do art. 27 da Lei 9.514/97. De outro lado, deve ser mantida a condenação à indenização de benfeitorias realizadas no imóvel (R\$53.226,61), conforme comprovam os documentos juntados pela autora (fls. 118 e 123/148) e não impugnados especificamente pela ré, observando-se, ainda, o princípio que veda o enriquecimento indevido. (TJSP. Apelação nº 0220871-49.2009.8.26.0100. 35ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Clóvis Castelo. J. em 11/11/2013).

mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor indicado no para efeito de venda em leilão público, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário ou seus sucessores vier a ser imitado na posse do imóvel.

O motivo pelo qual o legislador previu a aludida taxa de ocupação é remunerar o adquirente do bem imóvel pelo período entre a aquisição e efetiva imissão na posse ao passo que impede que o devedor continue utilizando o imóvel sem custear a ocupação, em verdadeiro enriquecimento ilícito.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de justiça considerando o escopo da Lei, embora o dispositivo subordine o arbitramento da taxa de ocupação à "alienação em leilão", o STJ já reconheceu que seu texto reclama interpretação extensiva, abarcando também a hipótese em que a propriedade se resolve a bem do credor fiduciário por terem sido frustradas as tentativas de venda extrajudicial:

RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, "A" E "C", DA CF) - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL - RETOMADA DO BEM POR INICIATIVA DO CREDOR FIDUCIÁRIO APÓS FRUSTRADOS LEILÕES EXTRAJUDICIAIS - HIPÓTESE QUE AUTORIZA A FIXAÇÃO DE TAXA DE OCUPAÇÃO DO IMÓVEL ENQUANTO MANTIDO EM PODER DO DEVEDOR FIDUCIANTE - ART.37-A DA LEI N. 9.514/1997 - VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - RECURSO PROVIDO.1. O art. 37-A da Lei n. 9.514/1997, nela introduzido por força da Lei n. 10.931/2004, dispõe que: "O fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inciso VI do art. 24, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel".2. A mens legis, ao determinar e disciplinar a fixação da taxa de ocupação, tem por objetivo compensar o novo proprietário em razão do tempo em que se vê privado da posse do bem adquirido, cabendo ao antigo devedor fiduciante, sob pena de evidente enriquecimento sem causa, desembolsar o valor correspondente ao período no qual, mesmo sem título legítimo, ainda usufrui do imóvel.3. Nesse quadro, embora o dispositivo subordine o arbitramento da taxa de ocupação à "alienação em leilão", seu texto reclama interpretação extensiva, abarcando também a hipótese em que a propriedade se resolve a bem do credor fiduciário por terem sido frustradas as tentativas de venda extrajudicial. Conquanto, em rigor técnico-jurídico, não se cuide, aqui, de uma

verdadeira alienação, importa reconhecer que a consolidação equivale a uma operação de transferência jurídica patrimonial, já que o credor deixa de ter a propriedade meramente resolúvel, incorporando-a em seu sentido pleno, fazendo jus, portanto, a ser compensado pela posse injusta exercida desde a aquisição do novo título até desocupação do imóvel. 4. Recurso especial provido.(REsp 1328656/GO, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 18/09/2012).

Outra questão que se discute é a legitimidade para propositura de ação de reintegração de imóvel cuja propriedade já tenha sido consolidada e objeto de averbação no Registro de Imóveis. Conforme apontou a Ministra Nancy Andrighi quando do julgamento do recurso especial 1155716/DF, “Os dispositivos da Lei 9.514/97, notadamente seus arts. 26, 27, 30 e 37-A, comportam dupla interpretação: é possível dizer, por um lado, que o direito do credor fiduciário à reintegração da posse do imóvel alienado decorre automaticamente da consolidação de sua propriedade sobre o bem nas hipóteses de inadimplemento; ou é possível afirmar que referido direito possessório somente nasce a partir da realização dos leilões a que se refere o art. 27 da Lei 9.514/97”.

Contudo, por meio da interpretação sistemática da Lei, considerou a Ministra que “Se a posse do imóvel, pelo devedor fiduciário, é derivada de um contrato firmado com o credor fiduciante, a resolução do contrato no qual ela encontra fundamento torna-a ilegítima, sendo possível qualificar como esbulho sua permanência no imóvel. A consolidação da propriedade do bem no nome do credor fiduciante confere-lhe o direito à posse do imóvel. Negá-lo implicaria autorizar que o devedor fiduciário permaneça em bem que não lhe pertence, sem pagamento de contraprestação, na medida em que a Lei 9.514/97 estabelece, em seu art. 37-A, o pagamento de taxa de ocupação apenas depois da realização dos leilões extrajudiciais. Se os leilões são suspensos, como ocorreu na hipótese dos autos, a lacuna legislativa não pode implicar a imposição, ao credor fiduciante, de um prejuízo a que não deu causa”.

7. Cessão do crédito

O artigo 28 da Lei prevê que a cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência ao cessionário de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia. Arnoldo Wald destaca que “O dispositivo tem enorme relevância para o fim a que se destina a lei, permitindo a capitalização permanente do incorporador

imobiliário, que poderá, no mercado secundário de créditos imobiliários, transferir seu crédito a empresa de securitização²³”.

O artigo 35 da Lei prevê que é dispensada a notificação do devedor. A cessão deve ser registrada no respectivo Cartório de Registro de Imóveis para que tenha validade perante terceiros.

8. Arbitragem

A Lei nº 9.514/97 trouxe a possibilidade de instituição da arbitragem para solucionar os conflitos decorrentes da alienação fiduciária imobiliária, conforme reza o seu artigo 34: "Os contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral poderão estipular que litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem, nos termos do disposto na Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996”.

Mais uma vez, primou o legislador pela celeridade, na medida em que a vantagem da previsão de arbitragem é a celeridade do procedimento, que é, ao menos em tese, mais ágil do que o procedimento judicial.

9. Conclusão

A alienação fiduciária imobiliária caracteriza-se pela transferência fiduciária da propriedade do bem imóvel do devedor para o credor, se distinguindo das demais garantias reais (penhor, anticrese e hipoteca), na quais o titular da garantia é detentor de direito real sobre coisa alheia, enquanto na propriedade fiduciária o titular da garantia é titular de direito de propriedade, embora limitado. Exsurge dessa característica o efeito de que o bem imóvel não será disputado pelos demais credores do devedor em execuções individuais em eventual concurso de credores.

Uma vez cumprida a obrigação, o bem imóvel retorna ao patrimônio do devedor, extinguindo-se a propriedade fiduciária. Caso não seja cumprida, será providenciada a consolidação da propriedade pelo devedor, bem como a realização de leilões.

23 Op. Cit., p. 267.

Por essas características, a Lei propicia eficiência aos credores diante do cenário de inadimplemento, conferindo maior segurança mercados imobiliário, mitigando o risco dos empréstimos, e, assim, facilitando o acesso ao crédito pelo devedor.

Referências Bibliográficas

ALVES, José Carlos Moreira. Alienação fiduciária em garantia. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, p. 38.

CHALHUB, Melhim Namem. Fidúcia no sistema de garantias reais. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Maio/ago. 1998, v. 2.

_____ Os 15 anos de um instituto inovador. Revista do SFI nº 36.

DINAMARCO, Cândido Rangel Alienação fiduciária de bens imóveis Revista de Direito Imobiliário - v. 24 n. 51 jul./ dez. 2001 São Paulo : Revista dos Tribunais , 2001. p. 235-252.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 4: direito das coisas/Maria Helena Diniz – 20 ed. Ver. E atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n 6.960/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

MEZZARI, Mario Pazutti. Alienação Fiduciária da Lei n. 9.514, de 20-11-1997.

PARIZZATO, JOÃO ROBERTO. DA PENHORA E DA IMPENHORABILIDADE DE BENS. ED . LED, 1998.

RESTIFFE NETO, Paulo. Garantia Fiduciária, Ed. RT, 3ª Edição.

RIZZARDO, Arnaldo, Contratos de Crédito Bancário, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007 – Coleção direito civil, v. 5.

WALD, Arnoldo. Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. Revista de Direito Imobiliário - v. 24 n. 51 jul./ dez. 2001. p. 253-279.